

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

La Corte di giustizia dell'Unione europea e la cooperazione giudiziaria in materia penale: prospettive per la tutela giurisdizionale

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/153424> since 2016-06-21T12:15:23Z

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA E LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE: PROFILI ISTITUZIONALI E PROSPETTIVE PER LA TUTELA GIURISDIZIONALE.

di Stefano Montaldo

SOMMARIO : 1. Il percorso verso il rafforzamento della giurisdizione della Corte di giustizia nel settore della cooperazione in materia penale. — 1.1 Le funzioni della Corte alle origini del terzo pilastro. — 1.2. Il Trattato di Amsterdam e le successive riforme. — 2. Il nuovo sistema di tutela giurisdizionale ed i suoi riflessi nella cooperazione in materia penale. — 2.1. La procedura di infrazione. — 2.2. Il ricorso per annullamento. — 2.3. Il rinvio pregiudiziale. — 3. I diritti fondamentali come fattori indiretti di impulso per le competenze della Corte: prospettive nell'ambito del ne bis in idem e del mandato d'arresto europeo. — 4. Considerazioni conclusive: la cooperazione penale fra centralità del legislatore e *judicially driven integration*.

1. Il percorso verso il rafforzamento della giurisdizione della Corte di giustizia nel settore della cooperazione in materia penale.

Il Trattato di Lisbona ha segnato una tappa fondamentale nella definizione dell'assetto istituzionale dell'Unione europea ed ha apportato riforme organizzative e funzionali di particolare rilievo anche nella sfera della Corte di giustizia¹. Queste innovazioni, che in massima parte riprendono senza sostanziali differenze quanto già disposto nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa², non rappresentano peraltro un approdo in precedenza inesplorato, bensì appaiono in generale tese a formalizzare prassi istituzionali in auge o a codificare principi già in passato accolti dalla giurisprudenza di Lussemburgo³. In questi termini, il presente lavoro intende porre l'accento su alcuni profili di carattere istituzionale, con peculiare attenzione per

¹ Per una sintesi delle principali riforme apportate dal Trattato di Lisbona alla Corte di giustizia dell'UE v., *ex multis*, ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, p. 45.

² Sulle riforme proposte nel Trattato costituzionale, TIZZANO, *La Costituzione europea e il sistema giurisdizionale comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 455.

³ E' possibile al riguardo richiamare la nuova formulazione della cd. clausola di flessibilità, già prevista all'art. 308 TCE. Nella lettura tradizionalmente avvalorata dalla Corte, essa non può essere invocata per estendere il novero delle competenze dell'UE. In ossequio a tale assunto giurisprudenziale, l'art. 352 TFUE, sul quale v. anche la Dichiarazione 42 allegata al Trattato, esordisce circoscrivendo il proprio ambito operativo alle politiche enumerate nel Trattato.

le ricadute nel settore della cooperazione penale. Infatti, la natura intergovernativa del processo di integrazione nel terzo pilastro ha tradizionalmente marcato la netta distinzione fra il ruolo della Corte nell'ambito in esame ed il più incisivo sistema di tutela giurisdizionale proprio dell'esperienza comunitaria.

In primo luogo, viene dunque in rilievo l'ampliamento dei confini della competenza giurisdizionale della Corte, che si declina in maniera specifica su ciascuno dei ricorsi esperibili. Un secondo aspetto di interesse, direttamente collegato alle innovazioni istituzionali introdotte, concerne il rafforzamento della tutela dinnanzi alle istanze giudiziarie europee, che opera su varie linee direttrici: la protezione delle situazioni giuridiche soggettive; il perseguimento dell'interesse ad un puntuale adempimento agli obblighi derivanti in capo agli Stati dall'appartenenza all'Unione europea; la tessitura di una fitta rete di dialogo giurisdizionale multilivello, a garanzia della corretta ed uniforme applicazione del diritto UE. Da ultimo, la nuova veste della Corte nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia può essere letta alla luce della ricerca di un dinamico equilibrio istituzionale, ispirato ad un maggiore controllo sull'operato delle istituzioni e degli organi dell'Unione.

Al fine di cogliere appieno la portata delle riforme introdotte dal Trattato di Lisbona, appare dunque opportuno un breve *excursus* sulle tappe che hanno condotto all'odierno regime. Successivamente, l'analisi si sofferma sulla nuova disciplina della procedura di infrazione, del ricorso per annullamento e del rinvio pregiudiziale, istituti attraverso i quali sono veicolate le esigenze di rafforzamento della tutela giurisdizionale.

1.1. Le funzioni della Corte alle origini del terzo pilastro.

Le prime iniziative sviluppate nell'ambito della cooperazione in materia penale, realizzate dagli Stati ed essenzialmente relegate ad un piano politico o condotte secondo il tradizionale paradigma dell'assistenza giudiziaria internazionale, soffrirono della totale assenza di vaglio da parte della Corte di Lussemburgo⁴. Le problematiche poste da queste esperienze conobbero un significativo sviluppo all'inizio degli anni '90,

⁴ V. ad es. l'esperienza del Gruppo TREVI, istituito per accelerare il confronto politico sui possibili problemi derivanti dall'elisione dei controlli alle frontiere degli Stati membri. Si pervenne così all'adozione di alcune convenzioni internazionali in materia di assistenza giudiziaria, tra cui l'Accordo di San Sebastian del 26 maggio 1989 sulla semplificazione e la modernizzazione dei mezzi di trasmissione delle domande di estradizione; l'Accordo di Roma del 6 novembre 1990 sulla trasmissione dei procedimenti penali; la Convenzione dell'Aja del 13 novembre 1991 sull'esecuzione della condanne penali straniere. Anche se un novero ristretto di questi testi ottenne il numero di ratifiche necessario all'entrata in vigore, essi rappresentarono il preludio alla creazione di un embrionale sistema di cooperazione nell'alveo del terzo pilastro dell'Unione europea. Cfr. PEEK, *International police cooperation within justified political and judicial frameworks: five theses on TREVI*, in MONAR, *The Third Pillar of the European Union: cooperation in the fields of Justice and Home Affairs*, Bruxelles, 1994. Lo stesso clima diede inoltre origine, sempre al di fuori degli schemi istituzionali comunitari, all'Accordo di Schengen del 1985. Cfr. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1994, p. 225.

in occasione dei negoziati per la riforma dei Trattati istitutivi. In particolare, nell'ambito del confronto sul testo del Trattato di Maastricht, alcuni Stati evidenziarono la necessità di mitigare l'incisività del ruolo della Corte di giustizia nel settore Giustizia e affari interni, in ragione della natura intergovernativa del Terzo pilastro⁵. L'intento di apporre più stringenti confini all'intervento della Corte rispondeva, fra l'altro, allo scopo di evitare che, mediante l'approccio ermeneutico evolutivo di cui già in passato i Giudici di Lussemburgo si erano resi protagonisti, venissero estesi a questo settore i principi cardine del processo di integrazione comunitaria⁶.

In risposta a queste istanze, l'articolo L TUE sottraeva al sindacato giurisdizionale la normativa GAI, salvo specifica attribuzione di competenza, limitatamente alla interpretazione delle disposizioni delle convenzioni elaborate dal Consiglio e adottate dagli Stati membri, nonché alla composizione delle controversie relative all'applicazione di tali atti⁷. In tutte le altre ipotesi, si prediligeva il coinvolgimento dei giudici nazionali. La produzione normativa del terzo pilastro, pertanto, sfuggiva in larga parte ad un controllo giurisdizionale a livello europeo, in danno della sua uniforme interpretazione e coerente applicazione. Questa circostanza, benché giustificata da non secondarie ragioni politiche ed istituzionali, appariva anacronistica per l'incidenza del diritto dell'Unione sulle libertà individuali⁸.

Nell'ambito di questo modello *à la carte*⁹, si distinguevano in capo alla Corte di giustizia la giurisdizione sulle controversie tra Stati membri – nonché fra questi ultimi e la Commissione¹⁰ – circa l'interpretazione ed applicazione delle convenzioni e la

⁵ Il riferimento è, in particolare, a Gran Bretagna e Danimarca. V. FORSTER, *Britain and the negotiation of the Maastricht Treaty: a critique of liberal intergovernmentalism*, in *Journal of Common Market Studies*, 1998, p. 347.

⁶ Il conferimento di competenza alla Corte rispetto alle convenzioni, in realtà, non avrebbe mutato la loro essenza di strumenti di diritto internazionale pubblico, capaci di vincolare le sole parti contraenti. V. House of Lords EC Committee: «*The European Court is perfectly capable of applying this Convention as an inter – State Agreement outside the Community pillar*», Report n. 10 on *Europol*, sessione 1994-1995, Paper 51, par. 123.

⁷ In particolare, la competenza giurisdizionale era così delimitata dall'art. K. 3 par. 2 lett. c) TUE, ultima frase, secondo un'impostazione casistica. L'intervento della Corte era inoltre escluso rispetto alle eventuali controversie sulle norme attuative delle convenzioni. Sul punto v. CONDINANZI, *La (fantomatica) competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle Convenzioni concluse dagli Stati membri ai sensi dell'articolo K3., lett. c) del Trattato sull'Unione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 579.

⁸ Di vero e proprio paradosso scrive al riguardo CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1998, p. 245. Una critica pungente è stata altresì espressa da Spencer, che rilevava il forte divario fra i proclami sui benefici apportati dall'abbattimento delle frontiere interne e la sostanziale carenza di tutela dei diritti fondamentali in sede giurisdizionale. Cfr. SPENCER, *States of injustice: a guide to human rights and civil liberties in the European Union*, Londra, 1995.

⁹ Questa impostazione è stata criticamente accostata all'immagine della "coperta di arlecchino", v. SALAZAR, *Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel "terzo pilastro": prime applicazioni dell'articolo K. 3 del Trattato sull'Unione europea*, in *Studi in onore di G.F. Mancini. Diritto dell'Unione europea*, Milano 1998, p. 926.

¹⁰ La prima ipotesi era di norma espressamente regolata nelle convenzioni, pur con talune rilevanti eccezioni, come nel caso della Convenzione sull'estradizione semplificata fra gli Stati membri, 10 maggio 1995, in GU C 78, p. 1. A titolo esemplificativo, la Convenzione sull'uso dell'informatica nel settore doganale (SID) e la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità (PIF) facevano esplicito riferimento alla Corte, attribuendole una giurisdizione facoltativa, come si desume dalla

competenza sulle questioni ermeneutiche sollevate in via pregiudiziale dai giudici nazionali¹¹. In particolare, con riferimento alla competenza pregiudiziale, l'art. 2 del Protocollo sull'interpretazione della Convenzione Europol inaugurava un modello "orizzontale", così definito in quanto esportato anche per gli accordi perfezionati successivamente ed a più riprese riproposto nell'ambito del terzo pilastro. Il sistema era infatti incentrato sulla possibilità, in capo agli Stati membri di accettare la giurisdizione della Corte e di conferire la facoltà di rinvio ai soli giudici di ultima istanza¹². Questo modello consentiva dunque agli Stati di conservare un controllo significativo sugli spazi operativi riconosciuti alla Corte di giustizia, assicurandone il coinvolgimento nelle sole ipotesi in cui ciò fosse manifestamente consentito.

A queste previsioni si affiancava inoltre la competenza a sindacare la validità degli atti comunitari adottati *ultra vires*, in quanto fondati su una base giuridica del primo pilastro, ma in sostanza incidenti su profili di cooperazione intergovernativa¹³. Sempre nell'ottica della individuazione del confine fra i pilastri, ma in una prospettiva inversa, in forza dell'art. M del Trattato, si profilava la possibilità di un'azione di annullamento avverso gli atti del terzo pilastro la cui corretta base giuridica afferisse in realtà al Trattato sulla Comunità europea¹⁴.

Il ruolo ancillare riservato alla Corte di giustizia e, soprattutto, la scarsa coerenza sistematica della tutela giurisdizionale suscitarono perplessità diffuse in dottrina, poiché ritenuti frutto «*d'une diplomatie à l'ancienne, dépourvue de contraintes et*

formula «può essere adita da una delle parti» di cui, rispettivamente, agli artt 27 e 8. V. le Convenzioni del 26 luglio 1995, rispettivamente in GU C 316, p. 33 e GU C 316, p. 48. Diversamente, nella Convenzione Europol, l'art. 40 prevedeva una composizione amichevole delle controversie entro sei mesi, con l'intervento del Consiglio; ove questa fase risultasse infruttuosa, gli Stati potevano stabilire «di comune accordo» le modalità in base alle quali risolvere la controversia, ad esempio riconoscendo la competenza della Corte.

¹¹ V. ROSSETTO, *Le contrôle judiciaire dans la Convention de Schengen et dans le troisième pilier*, in DEN BOER, *The implementation of Schengen: first the widening, now the deepening*, Maastricht, 1997, p. 27.

¹² Il ricorso alla cd. clausola di accettazione rifletteva l'influenza di analoghe soluzioni mutate da organi di giustizia internazionale, in particolare l'articolo 36 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. E' stato sottolineato come in realtà per otto delle dieci convenzioni adottate dopo il Trattato di Amsterdam, gli Stati avessero accordato alla Corte competenza pregiudiziale. V. PEERS, *Who's judging the watchmen? The judicial system on the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Yearbook of European Law*, 1998, p. 344.

¹³ Questa competenza è stata applicata dalla Corte in una controversia fra Portogallo e Consiglio, sull'accordo di cooperazione CE – India, finalizzato ad incentivare le relazioni nei settori dell'energia, del turismo, della cultura, della lotta contro l'abuso di stupefacenti e della tutela della proprietà intellettuale. In risposta ai rilievi del Portogallo, secondo il quale il contrasto al traffico di stupefacenti rientrava fra obiettivi del terzo pilastro, la Corte statui che «la formazione, l'istruzione, la cura e la disintossicazione dei tossicomani, al pari delle azioni volte a sviluppare la creazione di attività economiche alternative [...] possono collegarsi agli obiettivi socio – economici perseguiti dalla cooperazione allo sviluppo». V. la sentenza del 3 dicembre 1996, causa C-268/94, *Portogallo c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-6177.

¹⁴ Cfr. la sentenza della Corte del 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-2763, nella quale la Corte ha respinto il ricorso per annullamento dell'azione comune 96/197/GAI, del 4 marzo 1996, adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea e riguardante il regime di transito aeroportuale, in GU L 63, p. 8. Cfr. NOVI, *La competenza della Corte in materia di atti contemplati dal Titolo VI del Trattato UE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, p. 399.

de sanctions» e percepiti in evidente contrasto con la necessità di accordare adeguate garanzie giurisdizionali¹⁵. Tali profili critici vennero altresì espressi dalla Corte di giustizia, che, sottolineando in special modo l'esigenza di maggiore coerenza interpretativa fra atti comunitari e fonti del terzo pilastro, li pose all'attenzione del Gruppo di riflessione istituito dal Consiglio europeo ed incaricato di preparare i lavori della Conferenza intergovernativa per una nuova riforma dei Trattati¹⁶.

1.2. Il Trattato di Amsterdam e le successive riforme.

Queste criticità furono al cuore del dibattito avviato dalla Conferenza intergovernativa in vista della firma del Trattato di Amsterdam, nell'alveo di un nuovo e generale obiettivo dell'Unione europea, menzionato all'art. 2 TUE: la creazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁷. Il confronto si soffermò in via principale sulla configurazione del quadro istituzionale e sull'opportunità di trasferire nel pilastro comunitario alcune materie sino ad allora comprese nel settore GAI. All'esito dei lavori della Conferenza, in ordine a quest'ultimo aspetto, si optò per la comunitarizzazione della disciplina su immigrazione, visti, frontiere e cooperazione giudiziaria civile, ambiti che vennero incorporati al Titolo IV TCE¹⁸. Residuava così nel terzo pilastro la sola cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, anch'essa peraltro interessata da innovazioni significative.

Sotto il profilo del sistema giurisdizionale, l'entrata in vigore del Trattato segnò il passaggio ad una nuova fase del ruolo della Corte di giustizia¹⁹. L'art. 46 TUE stabiliva che le disposizioni sulle competenze della Corte si applicassero anche alla cooperazione in materia penale, alle condizioni fissate dall'art. 35 TUE. Quest'ultima norma legittimava la Corte a statuire sull'interpretazione e la validità delle decisioni quadro e delle decisioni, sull'interpretazione delle convenzioni adottate a norma dell'art. 34 par. 2 lett. d) e sull'interpretazione e la validità delle relative misure di applicazione. Ancora una volta, peraltro, l'esercizio di tali prerogative era subordinato all'espresso riconoscimento, da parte degli Stati membri, della giurisdizione della Corte. Inoltre, ciascuno Stato poteva indicare se la facoltà di rivolgersi alla Corte in

¹⁵ In questi termini LABAYLE, *La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, in MANIN, *La révision du Traité sur l'Union européenne. Perspectives et réalités*, Rapporto del Groupe français d'études pour la Conférence intergouvernementale, Parigi 1996, p. 137.

¹⁶ Cfr. la relazione su taluni aspetti dell'applicazione del TUE, Lussemburgo, maggio 1995. V. CRAIG, *The road to the 1996 Intergovernmental Conference. The contribution of the European Court of Justice and the Court of First Instance*, in *Public Law*, 1996, p. 13.

¹⁷ Peraltro, questo obiettivo costituisce oggi — la priorità dell'UE, in quanto per la prima volta l'elencazione di cui all'art. 2 TUE lo antepone alla realizzazione del mercato interno.

¹⁸ Cfr. ROSSI, *Verso una parziale "comunitarizzazione" del terzo pilastro*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1997, p. 448.

¹⁹ Sul ruolo della Corte all'esito del Trattato di Amsterdam, FENNELLY, *Preserving the legal coherence within the new treaty: the ECJ after the treaty of Amsterdam*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, p. 185.

sede pregiudiziale fosse ristretta ai soli organi giurisdizionali supremi o se si estendesse ad ogni autorità giurisdizionale interna²⁰. Le soluzioni sperimentate perpetuarono dunque lacune e limitazioni all'intervento della Corte. Questo frammentato panorama rimase inalterato anche a seguito del Trattato di Nizza, che apportò alcune modifiche di carattere generale all'architettura istituzionale e giudiziaria dell'Unione europea²¹, senza tuttavia affrontare nel merito le istanze di revisione del modello di protezione giurisdizionale.

Solo i lavori della Convenzione sull'avvenire dell'Europa proposero soluzioni fattive a questa problematica, suggerendo riforme ampiamente accolte sia nel progetto di Trattato costituzionale che nel Trattato di Lisbona²². Il principale fattore di questo cambiamento è la menzionata soppressione del terzo pilastro, con il conseguente trasferimento della sua disciplina nel Titolo V TFUE, dedicato allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Questa operazione, in linea generale, ha consentito l'uniformazione della competenze della Corte e la soppressione delle più rilevanti restrizioni al loro esercizio, pur registrandosi talune residue barriere. Da ciò deriva altresì l'applicazione alla materia penale delle innovazioni introdotte dal Trattato del 2007 sui ricorsi.

2. Il nuovo sistema di tutela giurisdizionale ed i suoi riflessi nella cooperazione in materia penale.

Poste queste premesse di carattere generale, ci si propone dunque di considerare singolarmente gli aspetti innovativi che contraddistinguono ciascun ricorso esperibile dinanzi alla Corte di giustizia. Sul punto, secondo parte della dottrina²³, si possono individuare tre linee direttrici che accomunano le varie azioni, nella veste loro confezionata dal Trattato di riforma: la facilitazione dell'accesso alla Corte; l'accelerazione delle procedure; l'ampliamento dei soggetti sottoposti al controllo giurisdizionale.

²⁰ Sul punto, così come sulle analoghe limitazioni all'esperibilità del rinvio pregiudiziale a norma dell'art. 68 TCE, la dottrina ha levato un coro pressoché unanime di perplessità. Si distingue dall'orientamento generale Langrish, per il quale «*cutting off access to all lower courts only slightly modifies art. 234*». V. LANGRISH, *The Treaty of Amsterdam: selected highlights*, in *European Law Review*, 1998, p. 3.

²¹ Sulle riforme del Trattato di Nizza v. RUIZ-JARABO, *La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en oeuvre future*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2001, p. 705.

²² V., in termini generali, LADEMBURGER – VERWILCHEN, *Policies relating to the Area of Freedom, Security and Justice*, in AMATO, BRIBOSIA – DE WITTE, *Genèse et destinée de la Constitution européenne – Genesis and destiny of the European Constitution*, Bruxelles, 2007, p. 743.

²³ Cfr. WEYEMBERGH – RICCI, *Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, in BRAUM – WEYEMBERGH, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009, p. 230.

2.1 La procedura di infrazione.

In passato, il settore della cooperazione in materia penale non è mai stato dotato di una procedura di infrazione paragonabile a quella operativa nel pilastro comunitario. L'art. 35 par. 7 TUE disciplinava la competenza della Corte a comporre le controversie fra Stati o fra uno Stato e la Commissione. Nel primo caso, l'intervento della Corte, benché subordinato al previo esperimento di un tentativo di composizione stragiudiziale della controversia ad opera del Consiglio²⁴, poteva riguardare l'interpretazione o l'applicazione delle fonti del terzo pilastro. Nella seconda ipotesi, invece, la giurisdizione di Lussemburgo era circoscritta alle statuizioni sull'interpretazione e sulla validità delle convenzioni adottate in questo settore. Il rimedio in esame appariva dunque modellato sui meccanismi tradizionali di composizione delle controversie a livello internazionale. Si registrava inoltre la mancanza di una base giuridica capace di conferire alla Commissione europea una competenza generale a vigilare sul corretto adempimento agli obblighi assunti dagli Stati²⁵. Tale situazione precludeva alla Commissione stessa il compiuto esercizio del proprio ruolo di custode della legalità dei Trattati, con grave pregiudizio per l'applicazione uniforme ed effettiva delle fonti giuridiche dell'Unione²⁶. Ciò appariva tanto più evidente in relazione all'adempimento degli obblighi sorgenti dalle decisioni quadro, la cui trasposizione ha a più riprese evidenziato ritardi, resistenze o l'adozione di misure interne inadeguate da parte degli Stati membri²⁷.

Né d'altra parte il *deficit* di controllo sull'operato degli Stati poteva essere colmato per via interpretativa, operando un accostamento *de facto* alla disciplina della procedura di infrazione di cui agli artt. 226-228 TCE²⁸. L'art. 35 par. 7 TUE, infatti, muoveva da una prospettiva radicalmente differente, giacché era incentrato sulla

²⁴ La necessità di sottoporre preventivamente la controversia ad un tentativo di soluzione amichevole da parte del Consiglio era uno dei principali elementi indicatori della natura intergovernativa della cooperazione nell'ambito del terzo pilastro. Il rimedio di cui all'art. 35 par. 7 TUE, peraltro, non ha mai trovato applicazione.

²⁵ La Corte di giustizia ha, sin dagli anni '70, rimarcato la distinzione tra la procedura di infrazione ed altre esperienze maturate in sede internazionale, per il ruolo di supervisore indipendente della Commissione. V. la sentenza della Corte del 7 febbraio 1973, causa 3972, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* p. 101.

²⁶ Uno dei profili che la dottrina ha a più riprese evidenziato è la difficoltà di approntare meccanismi alternativi, *in primis* di natura politica, per la valutazione sulla corretta applicazione da parte degli Stati delle norme penali dell'Unione ed il rispetto dei diritti fondamentali. V. DE BIOLLEY – WEYEMBERGH, *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Bruxelles, 2006.

²⁷ Ciò risulta evidente dalle numerose comunicazioni emesse dalla Commissione, in forza dell'investitura ordinariamente riconosciuta dalle decisioni quadro a svolgere un'attività di *follow up* sul livello – quantitativo e qualitativo – di trasposizione di tali atti da parte degli Stati membri. Per approfondimenti sullo stato di attuazione a livello nazionale della normativa sulla cooperazione in materia penale v. il rapporto FIDE 2012 sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, <http://www.fide2012.eu/FIDE+Proceedings/id/258/> (23 ottobre 2012).

²⁸ Questa possibilità è stata paventata da ECKHOUT, *The European Court of Justice and the "Area of Freedom, Security and Justice": challenges and problems*, in O'KEEFE, *Judicial review in European Union law. Liber Amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Londra, 2000, p. 162.

risoluzione di controversie aventi ad oggetto le fonti del terzo pilastro e non sull'accertamento di eventuali casi di inadempimento agli obblighi da queste derivanti²⁹.

Allo stesso modo, non è valsa a colmare questa lacuna la prassi istituzionale – a più riprese criticata in dottrina poiché motivo di scarsa coerenza sistematica e capace di attentare ai principi di legalità e certezza del diritto – di adottare decisioni quadro parallele e complementari ad atti del primo pilastro, disponendo norme penali sulla stessa materia da questi ultimi disciplinata³⁰. In simili eventualità, il nesso di funzionalità fra i due atti avrebbe potuto consentire, in presenza di una procedura di infrazione connessa al mancato adempimento ad un obbligo previsto da una norma comunitaria, di estendere in via indiretta il sindacato della Corte alle misure realizzate a livello interno per conseguire gli obiettivi consacrati nella decisione quadro³¹. Si tratta peraltro di un'ipotesi che, pur suggestiva, non ha mai trovato effettivo seguito nella giurisprudenza di Lussemburgo e che, in ogni caso, avrebbe imposto alla Corte di trovare un delicato e non agevole equilibrio fra le competenze attribuitele dal Trattato comunitario e l'assenza di una analoga base giuridica nell'ambito del terzo pilastro.

Ne è derivato in molti casi il ricorso ad un meccanismo indiretto di garanzia dell'adempimento agli obblighi sorgenti in capo agli Stati, incentrato sul sindacato di costituzionalità delle disposizioni interne di recepimento non conformi al dettame dell'atto europeo, ed in particolare delle decisioni quadro³². Il coinvolgimento della Corte costituzionale ha dunque consentito in alcuni casi di colmare discrasie normative

²⁹ Cfr. PEERS, *Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2008, p. 41; DANIELE, *Commentaire de l'article 35 UE*, in TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 142. Gli autori evidenziano come l'art. 35 par. 7 TUE avrebbe dovuto essere accostato all'art. 292 TCE, a mente del quale gli Stati si impegnavano a non sottoporre le controversie concernenti l'interpretazione o l'applicazione del Trattato a rimedi diversi da quelli previsti nel Trattato stesso. L'assonanza fra le due disposizioni riposa nella *ratio* che ne sta alla base: secondo la Corte di giustizia, infatti, l'art. 292 rispondeva – e risponde tutt'oggi, nella nuova formulazione di cui all'art. 344 TFUE – all'esigenza di tutelare l'autonomia e la coerenza dell'ordinamento UE. V. i pareri della Corte 1/91 del 14 dicembre 1991, in *Racc.* p. I-6079, punto 35, e 1/00 del 18 aprile 2002, in *Racc.* p. I-3493, punti 11 e 12, nonché la sentenza 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione c. Irlanda*, in *Racc.* p. I-4635, punti 123-128. A commento v. CASOLARI, *La sentenza MOX: la Corte di giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 327.

³⁰ V., ad esempio, la direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, sulla definizione di favoreggiamento, ingresso, transito e soggiorno illegali, e la decisione quadro coeva 2002/946/GAI, atta a rafforzare il contrasto a tali condotte, in GU L 328 del 5 dicembre 2002, rispettivamente a p. 17 e p. 1. Si prospetta peraltro il ricorso a questa prassi anche nell'ambito di applicazione dell'art. 83.2 TFUE, in tema di competenza penale dell'UE nei settori differenti dallo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

³¹ Cfr. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1994, p. 926.

³² V., ad esempio, nel caso dell'Italia, la sentenza della Corte costituzionale 24 giugno 2010, n. 227, in tema di mandato d'arresto europeo. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lettera r), della legge di attuazione della decisione quadro 2002/584/GAI (Legge 22 aprile 2005, n. 69, in *Gazzetta ufficiale* del 29 aprile 2005, n. 98). Il legislatore nazionale aveva infatti limitato ai soli cittadini italiani – e non anche ai residenti, come previsto dalla decisione quadro, così come interpretata dalla Corte di giustizia – la possibilità di ottenere il rifiuto di una richiesta di consegna e, dunque, di scontare la relativa pena detentiva nello Stato di residenza.

rilevate dai giudici di merito, ma è un rimedio che, in tutta evidenza, interviene *ex post* e non può, se non in relazione alla specifica questione sollevata, sfociare in una radicale censura dell'operato del legislatore³³.

All'assenza di una giurisdizione esaustiva in capo alla Corte di giustizia faceva eco, quale parziale correttivo, la previsione di meccanismi di verifica politica sulla trasposizione delle decisioni quadro. Molti di questi atti disciplinano tutt'oggi regole *ad hoc* al riguardo, nella maggior parte dei casi sancendo l'obbligo in capo agli Stati membri di comunicare al Segretariato del Consiglio e alla Commissione le misure che sono intenzionati a adottare ai fini del tempestivo e corretto recepimento. Proprio la natura politica delle procedure in questione, tuttavia, determina una notevole varietà di metodologie, nonché differenti livelli di intensità della valutazione, ancora una volta a discapito dell'uniformità sistematica e di un controllo efficace sull'operato degli Stati membri³⁴.

In questo frammentato contesto, le innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona in tema di verifica del comportamento degli Stati si distinguono in due principali filoni.

Anzitutto, il Trattato formalizza all'art. 70 TFUE la prassi istituzionale di attivare procedure di valutazione politica circa l'attuazione delle politiche dell'Unione nel settore Giustizia e Affari interni. La norma conferma la centralità del reciproco riconoscimento nel Titolo V TFUE e, ai fini della sua piena affermazione, prevede che, su proposta della Commissione, fatta salva la disciplina sulla procedura per infrazione, il Consiglio adotti misure atte a definire le metodologie di tali verifiche. In particolare, la novella segna una prospettiva differente rispetto al passato: la Commissione ed il Consiglio non sono più il fulcro decisionale e valutativo della procedura, rispetto alla quale vengono maggiormente responsabilizzati gli Stati. L'attività di controllo, improntata ad oggettività ed imparzialità, deve infatti essere condotta in via principale proprio dai Paesi membri, con la collaborazione della Commissione. E' inoltre indicativo del nuovo corso della politica europea in materia di Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e della volontà di superare logiche prettamente intergovernative che i terminali ultimi dell'*iter* siano il Parlamento europeo ed i parlamenti nazionali. Questi infatti devono essere debitamente informati circa i contenuti e gli esiti della valutazione. A tutela della effettività e della coerente applicazione del diritto dell'Unione in questo ambito, dunque, il Trattato di Lisbona impronta l'attività in

³³ Occorre inoltre sottolineare come in molti ordinamenti la formulazione di una questione di costituzionalità non sia disponibile alle parti, sussistendo un filtro da parte del giudice procedente. Come noto, invece, la procedura di infrazione è azionata dalla Commissione, che in molti casi si attiva proprio grazie alle denunce individuali ricevute.

³⁴ Al riguardo, ad esempio, la dottrina evidenzia come gli strumenti normativi finalizzati ad attuare il principio del reciproco riconoscimento abbiano conosciuto un sindacato maggiormente stringente da parte delle istituzioni europee, in raffronto agli atti di armonizzazione. Cfr. DE BIOLLEY – WEYEMBERGH, *Comment évaluer*, op. cit., p. 78. Borgers, rispondendo a questa criticità, suggerisce un cambio di approccio al controllo sul recepimento degli atti del terzo pilastro, ad esempio individuando forme differenti in base alla natura delle disposizioni di ciascuna decisione quadro. V. BORGERS, *Implementing framework decisions*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1361.

esame al principio di leale collaborazione fra Stati ed istituzioni europee, sollecitando altresì un maggiore ed opportuno vaglio democratico, tanto in sede europea quanto a livello nazionale³⁵.

Il secondo aspetto di rilievo attiene alle modifiche che hanno direttamente interessato la disciplina della procedura di infrazione, ora prevista dagli artt. 258-260 TFUE³⁶. Anzitutto, queste norme trovano ora piena applicazione anche al Titolo V TFUE, legittimando dunque il deferimento dello Stato anche nell'ipotesi di mancato, tardivo o inadeguato recepimento di obblighi sorgenti nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, così come, in termini più generali, in caso di infrazione di tali norme da parte dello Stato unitariamente inteso³⁷.

Rispetto al modello previgente, inoltre, si registrano alcune innovazioni di portata generale, destinate ad assicurare maggiore speditezza ai procedimenti in esame. Se in forza degli artt. 226-228 TCE era necessaria la celebrazione di un duplice ricorso, il secondo dei quali incentrato sulla mancata esecuzione della prima sentenza, per consentire alla Corte di comminare una pena o una somma forfetaria nei confronti dello Stato, il Trattato di Lisbona snellisce questo *iter* mediante due accorgimenti. In primo luogo, nell'ipotesi di mancato rispetto di una pronuncia che accerti un inadempimento, la Commissione può adire la Corte dopo aver posto lo Stato nelle condizioni di presentare le proprie osservazioni e senza formulare il parere motivato. In secondo luogo, l'art. 260 par. 3 TFUE introduce una disciplina *ad hoc* per i casi in cui lo Stato membro ometta di comunicare alla Commissione le misure di attuazione di una direttiva adottata con procedura legislativa. In simili eventualità, infatti, la Commissione può proporre, sin dalla prima procedura di infrazione, l'ammontare della sanzione che essa ritenga proporzionata alle circostanze di specie. In questo modo si è inteso rafforzare il carattere precettivo e l'effetto deterrente del rimedio in questione, in particolar modo intervenendo su situazioni di accentuato allarme per l'adempimento al diritto dell'Unione europea. La prima innovazione, infatti, consente di sanzionare con maggior tempestività infrazioni reiterate e persistenti, mentre la seconda ha un'importante valenza preventiva, poiché presidia un obbligo essenziale per la precoce valutazione delle misure programmate a livello nazionale e delle eventuali problematiche che le accompagnano.

Proprio quest'ultimo aspetto appare di peculiare interesse nella materia in

³⁵ Cfr. DE PASQUALE, *Il terzo pilastro dell'unione europea tra buona fede e leale collaborazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 431. Si può quindi sostenere che il principio di leale cooperazione giunga oggi a piena realizzazione nell'ambito della cooperazione penale. Per approfondimenti sui molteplici profili dell'obbligo di leale collaborazione v. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo, La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008.

³⁶ Nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa la materia era regolata dagli artt. III 360-III 362, che prevedevano una disciplina in tutto analoga a quella approvata con la riforma di Lisbona.

³⁷ A ben vedere, anche in ragione della discrasia protrattasi negli anni tra le perfezioni normative delle decisioni quadro e la disciplina di attuazione adottata dagli Stati, l'innovazione sul punto ha tutte le carte in regola per esercitare effetti dirompenti. Al riguardo, l'incidenza della riforma dipenderà fortemente dall'approccio della Commissione. In questo senso v. STEUNENBERG, *Is big brother watching? Commission oversight of the national implementation of EU directives*, in *European Union Politics*, 2010, p. 359.

esame, in ragione delle più volte richiamate difficoltà degli Stati di procedere tempestivamente ed in maniera adeguata all'attuazione degli atti del terzo pilastro, ora direttive adottate nella maggior parte dei casi con procedura legislativa ordinaria. L'incisività dell'opzione offerta dal Trattato – riservata, per dato normativo espresso³⁸, alla discrezionalità della Commissione – è confermata dall'orientamento recentemente sostenuto dalla Commissione medesima. Con una comunicazione del 2010³⁹, infatti, l'istituzione ha precisato che intende dare pieno seguito al dettame primario, rispetto ad ogni atto che ricada nell'ambito operativo della norma – *id est* tutte le direttive adottate con procedura legislativa ordinaria o speciale – poiché «l'importanza di garantire che gli Stati membri rispettino i termini di attuazione vale per tutte le direttive legislative, senza distinzioni a priori»⁴⁰.

2.2. Il ricorso per annullamento.

Nel regime previgente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'art. 35 par. 6 TUE disegnava un modello di ricorso di annullamento per molti aspetti affine a quello in opera nel pilastro comunitario ed ivi disciplinato all'art. 230 TCE⁴¹. Identici erano i vizi di legittimità degli atti e, dal punto di vista procedurale, ai fini del tempestivo esperimento del ricorso era imposto lo stesso termine rigoroso di due mesi dalla pubblicazione dell'atto⁴².

Nondimeno, il carattere intergovernativo della cooperazione nell'ambito del terzo pilastro si rifletteva sulla portata operativa del rimedio, che presentava significative limitazioni sotto il profilo oggettivo e soggettivo. Nel primo senso, solo le decisioni e le decisioni quadro potevano essere oggetto di sindacato di legittimità, con esclusione dunque delle posizioni comuni e fatti salvi gli eventuali mezzi di tutela

³⁸ L'art. 260, par. 3, TFUE prevede infatti che la Commissione possa procedere «se lo ritiene opportuno».

³⁹ Cfr. la comunicazione della Commissione sull'applicazione dell'articolo 260, par. 3, TFUE dell'11 novembre 2010, SEC(2010) 1371 def., in GU C 12 del 15 gennaio 2011, p. 1.

⁴⁰ V. in particolare il par. 17 della comunicazione in esame. Viene inoltre precisato che la modalità di calcolo della somma forfetaria e della penalità rispondono ai criteri già individuati con la comunicazione SEC(2005) 1658.

⁴¹ Si è scelto il tempo imperfetto, ma è bene precisare che il periodo transitorio previsto dall'art. 10 del Protocollo n. 36 allegato ai Trattati comporta il protrarsi del regime previgente per un periodo massimo di cinque anni o fino a quando, in tempi più brevi, il legislatore europeo converta in direttive gli atti del terzo pilastro già esistenti. Sulle novità introdotte da Lisbona in materia di ricorso per annullamento v. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in BILANCIA – D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 225.

⁴² A differenza di quanto disciplinato all'art. 231 TCE, nulla era previsto in ordine agli effetti della sentenza di annullamento di atti del terzo pilastro, anche se la sostanziale analogia fra decisioni quadro e direttive poteva far ragionevolmente supporre l'affinità tra le sentenze. Il problema era sorto dal ricorso formulato dalla Commissione avverso l'azione comune 96/197/GAI del 4 marzo 1996, sulla regolamentazione dei visti di transito aeroportuale. Cfr. la sentenza 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, in Racc. p. I-2763. In dottrina v. ROTTOLA, *La Corte di giustizia è competente ma... non lo è*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 559.

espressamente previsti dalle convenzioni. Ancor più gravose erano poi le condizioni soggettive di esperibilità dei ricorsi, poiché veniva riconosciuta legittimazione attiva solo agli Stati, al Consiglio ed alla Commissione, mentre né il Parlamento europeo né i privati beneficiavano di tale prerogativa.

Per quanto riguarda il Parlamento europeo, la limitazione scaturiva dal ruolo secondario ad esso riconosciuto nelle dinamiche istituzionali del terzo pilastro, che dunque si riverberava in misura decisiva sul controllo circa l'operato del Consiglio. Nondimeno, l'esclusione dell'istituzione rappresentativa dei cittadini appariva in tutta evidenza una censurabile discrasia rispetto al percorso maturato nell'ambito del pilastro comunitario. Pur in assenza di un dato espresso del Trattato, infatti, la Corte di giustizia, facendo leva sulle peculiarità dell'ordinamento europeo e consacrando a vera «*comunità di diritto*» in cui gli atti di Stati ed istituzioni sono sottoposti a controllo di legittimità⁴³, aveva sin dagli anni '80 rafforzato il sistema di tutela giurisdizionale del primo pilastro, attribuendo al Parlamento la qualifica di legittimato attivo *ex art.* 230 TCE⁴⁴. Quanto alle persone fisiche e giuridiche, l'impossibilità di promuovere il ricorso in esame trovava ragione, in via principale, nella natura stessa delle fonti del terzo pilastro, prive di effetti diretti negli ordinamenti nazionali e di carattere *self – executing*⁴⁵. A prima vista, pertanto, la mitigazione del sindacato della Corte in rapporto agli individui poneva il problema dell'effettivo rispetto del fondamentale diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo, consacrato dagli artt. 6 e 13 della CEDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴⁶.

Al riguardo, d'altra parte, nel pilastro comunitario, la Corte di giustizia ha tradizionalmente posto l'accento sul carattere unitario e completo del sistema di tutela giurisdizionale architettato dal Trattato⁴⁷. Un sistema che, in ragione della applicazione decentrata del diritto dell'Unione e sulla base del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TFUE, affianca ai rimedi predisposti a livello sovranazionale l'intervento delle autorità giudiziarie degli Stati membri, quali attive garanti della piena efficacia delle norme europee e della protezione delle situazioni giuridiche soggettive da queste

⁴³ Cfr. il parere della Corte 1/91, *cit.*. Analogo concetto è stato espresso dalla Corte con riferimento all'UE, nella sentenza del 29 giugno 2010, causa C-550/09, *E & F*, in *Racc.* I-6213, punto. 44.

⁴⁴ Cfr. la sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Partie écologiste Les Verts c. Parlamento europeo*, in *Racc.* p. 1139.

⁴⁵ Questo aspetto è stato in realtà oggetto di approfondito e critico dibattito in dottrina. V. PISTOIA, *La questione del carattere self-executing delle norme in materia di diritto penale adottate nel quadro del terzo pilastro*, in PICCHIO – PALMISANO, *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio – Ruiz*, Napoli, 2004, p. 593.

⁴⁶ La Corte di giustizia ha, con giurisprudenza costante, riconosciuto tutela nell'ordinamento europeo a questo diritto. V. sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*, in *Racc.* p. 1651, punto 18; nonché 3 dicembre 1992, causa C-97/91, *Oleifici Borelli*, in *Racc.* p. I-6313, punto 14.

⁴⁷ La giurisprudenza sul punto è copiosa, v. la sentenza della Corte *Parti Ecologiste Les Verts c. Parlamento*, *cit.*, punto 23; cfr. altresì le sentenze 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Racc.*, p. 4199, punto 16; 23 marzo 1993, causa C-314/91, *Weber c. Parlamento*, in *Racc.*, p. I-1093, punto 8. Si segnala inoltre che la consolidata giurisprudenza sul punto è stata recepita a fatta propria dal Trattato di Lisbona, all'art. 19 TUE, il cui testo recita: «*Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*».

investite⁴⁸. Nell'ottica del complesso di rimedi unitario, esaustivo e multilivello configurato dalla giurisprudenza di Lussemburgo, considerata l'assenza di effetti giuridici diretti delle fonti della cooperazione in materia penale⁴⁹, i privati avrebbero dunque potuto beneficiare di tutela in sede nazionale, avverso i provvedimenti interni di recepimento, oppure a livello europeo, nell'ipotesi in cui le norme di attuazione fossero state adottate in sede comunitaria⁵⁰.

D'altra parte, nonostante il dettame dell'art. 34 par. 2 TUE, non si poteva escludere *in toto* che alcuni atti fossero comunque capaci di produrre effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica dei singoli, anche a prescindere da norme di trasposizione⁵¹. A conferma di ciò, la prassi del Consiglio ha evidenziato nel tempo la crescente tendenza a ricorrere a provvedimenti suscettibili di incidere in misura rilevante sulle posizioni giuridiche soggettive, come nelle ipotesi di misure ablativie *in rem*. In simili situazioni, l'assenza di legittimazione attiva in capo ai privati ai fini dell'annullamento dell'atto comportava situazioni di sostanziale carenza di rimedi giurisdizionali, in spregio alla tutela processuale dell'individuo.

La problematica in questione si è posta con allarme crescente dal 2001, a seguito del nuovo corso dell'attività delle istituzioni europee nel contrasto al terrorismo internazionale⁵². In particolare, l'occasione per un approfondito dibattito sul punto è stata offerta dalla posizione comune 931/2001/PESC del 27 dicembre 2001⁵³, in allegato alla quale era riportato un elenco di persone, gruppi ed entità «coinvolti in atti terroristici», nei cui confronti erano previsti il congelamento dei beni ed il

⁴⁸ La Corte, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha riservato queste riflessioni per il pilastro comunitario. E' stato però evidenziato come, anche nel regime previgente, le esigenze di tutela coinvolgessero l'ordinamento UE *in toto*, in ragione dell'art. 6 TUE. V. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 855.

⁴⁹ L'espressa limitazione all'efficacia diretta delle decisioni quadro è venuta meno con il Trattato di Lisbona, di talché è ora possibile che le direttive in materia possano spiegare tali effetti.

⁵⁰ V., sul punto, la sentenza del Tribunale di primo grado 12 dicembre 2006, causa T-228/02, *OMPI*, in *Racc.* p. II-4665, punti 52-56. Il Tribunale ha affermato la propria competenza a pronunciarsi su un ricorso per l'annullamento di una posizione comune adottata ai sensi degli artt. 15 e 34 TUE, solo ove sia fatta valere una violazione delle competenze della Comunità. Il Collegio ha infatti precisato che, nella sua formulazione riformata nel 1997, il TUE non prevedeva l'impugnabilità delle posizioni comuni e, tantomeno, consentiva di accogliere i ricorsi promossi da soggetti privati. Il Tribunale ha inoltre ribadito la centralità del ruolo della autorità giurisdizionali interne, dinanzi alle quali si esplica in via elettiva il diritto di difesa (punti 123-126). Nello stesso senso v. sentenza 9 luglio 2009, cause riunite T-246/08 e T-332/08, *Melli Bank c. Consiglio*, in *Racc.* p. II- 2729; 30 settembre 2009, causa T-341/07, *Sison c. Consiglio*, in *Racc.* p. II-3625; sentenza 9 settembre 2010, causa T-348/07, *Stichting Al-Aqsa*, in *Racc.* II-4575. Cfr. GARBAGNATI KETVEL, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i «pilastri» dell'Unione europea?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 395; PEERS, *Salvation outside the church? Judicial protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi judgments*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 883.

⁵¹ Cfr. SPAVENTA, *Remembrance of principles lost. Fundamental rights, the Third Pillar and the scope of Union law*, in *Yearbook of European Law*, 2007, p. 153.

⁵² GUILD, BALDACCINI, *Terrorism and the foreigner: a decade of tension around the rule of law in Europe*, Leiden, 2007.

⁵³ Posizione comune del Consiglio, del 27 dicembre 2001, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, in GU L 344 del 28 dicembre 2001, p. 93.

rafforzamento delle iniziative di cooperazione giudiziaria e di polizia. Queste ultime misure, in particolare, erano disciplinate dall'art. 2, il cui tenore rendeva non necessaria l'adozione di specifiche disposizioni attuative nazionali o comunitarie, mentre l'art. 4 invocava la piena collaborazione degli Stati nella realizzazione degli obiettivi posti dalla normativa europea rispetto a tali soggetti. La sfera giuridica dei destinatari era dunque direttamente interessata dall'atto, pur in mancanza delle condizioni per attivare un rimedio giurisdizionale nell'ambito del terzo pilastro.

Ne è conseguito un copioso contenzioso, nell'ambito del quale si segnalano le pronunce *Segi* e *Gestoras pro Amnistia*⁵⁴, già oggetto di approfondita analisi dottrinale⁵⁵, che si richiamano in questa sede al precipuo scopo di sottolineare lo sforzo della Corte verso l'adattamento delle proprie competenze giurisdizionali all'obiettivo della realizzazione di una "Unione di diritto", pur nel contesto di stringenti confini interpretativi imposti dalla lettera del Trattato. Le pronunce sono intervenute su un ricorso presentato da due associazioni attive nel sostegno alle istanze basche, inserite nella lista di cui alla sopra menzionata posizione comune⁵⁶. Nella causa *Segi*, in particolare, a seguito dell'impugnazione dell'ordinanza reiettiva di un'azione di danni per responsabilità extracontrattuale della Comunità pronunciata dal Tribunale di primo grado⁵⁷, l'avvocato generale Mengozzi suggerì alla Corte di statuire nel senso che, in realtà, le associazioni in parola non fossero del tutto prive di tutela: in forza del citato principio di leale cooperazione, infatti, competeva allo Stato di appartenenza approntare idonei rimedi giudiziali avverso i provvedimenti ablativi. L'avvocato generale, in particolare, riteneva che l'assenza di un'elencazione cogente dei diritti fondamentali tutelati dall'Unione europea ostasse, a quello stadio di evoluzione del processo di integrazione, ad opzioni ermeneutiche volte ad anteporre il principio generale della tutela giurisdizionale effettiva al principio delle competenze di

⁵⁴ Cfr. le sentenze della Corte del 27 febbraio 2007, causa 355/04 P, *Segi e a. c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-1657 e causa 354/04 P, *Gestoras pro Amnistia e a. c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-1579.

⁵⁵ Cfr., fra gli altri, DAVIES, *Segi and the future of judicial rights protection in the Third Pillar of the EU*, in *European Public Law*, 2008, p. 311; BARTOLONI, *Articolazione delle competenze e tutela dei diritti fondamentali nelle misure UE contro il terrorismo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 47.

⁵⁶ Le due associazioni, peraltro, si erano già in precedenza rivolte alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo, che aveva dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi. Le norme della posizione comune, infatti, avendo carattere generale ed essendo prive di effetti diretti negli ordinamenti nazionali, non erano idonee a cagionare una «violazione concreta ed attuale» della Convenzione. Cfr. l'ordinanza del 23 maggio 2002, ricorsi 6422/02 e 9916/02, *Segi e a. e Gestoras pro Amnistia e a. c. i quindici Stati membri dell'Unione europea*, in *Rec.* 2002-V n. 20583.

⁵⁷ Cfr. le ordinanze del 7 giugno 2004, causa T-338/02, *Segi e a. c. Consiglio*, in *Racc.* p. II-1647 e causa T-333/02, *Gestoras pro Amnistia e a. c. Consiglio*, non pubbl. in *Racc.* Il Tribunale, pur rilevando il deficit di tutela e ritenendolo in violazione di un diritto fondamentale, aveva precisato di non aver titolo a pronunciarsi. Nell'ambito di un sistema giuridico fondato sul principio delle competenze di attribuzione, l'interpretazione letterale dell'art. 46 lett. d) TUE circoscriveva l'intervento degli organi giudiziari europei in merito al rispetto dell'art. 6 TUE alle sole ipotesi già espressamente riconosciute dai Trattati.

attribuzione⁵⁸.

La Corte, pur muovendo da analoghi presupposti, ovverosia l'inammissibilità dell'azione di danni nell'ambito del terzo pilastro e la maggior completezza del sistema di tutela giurisdizionale comunitario, statui diversamente, focalizzando il proprio apprezzamento sugli effetti dell'atto e sulla necessità di "smascherare" la sua reale natura. Il contenuto della posizione comune, infatti, proprio per l'incidenza sulla situazione giuridica dei singoli, eccedeva la portata riconosciuta dal Trattato, tanto da potersi qualificare, in sostanza, come una decisione avente una pluralità di destinatari⁵⁹. Di conseguenza, alla stregua di una decisione, esso era suscettibile di sindacato di validità, pur sempre secondo le forme e le condizioni previste dall'art. 35, par. 6, TUE, vale a dire mediante rinvio pregiudiziale del giudice interno o ricorso per annullamento proposto dalla Commissione o da uno Stato membro⁶⁰.

La sentenza *prima facie* segue la linea argomentativa tradizionale, che, nel pilastro comunitario, individua nella sostanza dell'atto e non nella sua forma il criterio ultimo per selezionare i rimedi giudiziali attivabili, di modo che l'azione di annullamento possa essere esperita in presenza di qualsiasi provvedimento idoneo a produrre effetti giuridici vincolanti⁶¹. Nondimeno, a ben vedere, la Corte di Lussemburgo nel caso di specie ha dovuto restringere la portata di questo assunto giurisprudenziale, modellandolo alle peculiarità di un settore di cooperazione di matrice intergovernativa. Come riconosciuto dal Collegio stesso, infatti, le posizioni comuni sono atti idonei ad esercitare taluni effetti cogenti⁶², rispetto ai quali avrebbe in linea teorica potuto estendersi appieno il complesso dei rimedi giurisdizionali di cui all'art. 35 TUE⁶³. Una simile impostazione, tuttavia, avrebbe determinato la forzatura del dettato primario, che non annoverava queste fonti fra i provvedimenti

⁵⁸ Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi il 26 ottobre 2006, nella causa C-355/04 P, *cit.*, par. 173. Tale valutazione estensiva avrebbe comportato un apprezzamento *contra legem* del combinato disposto degli artt. 35 e 46 lett. d) TUE.

⁵⁹ Cfr. par. 53-55 della sentenza.

⁶⁰ La Corte, peraltro, conferma ancora una volta il ruolo decisivo dell'autorità giurisdizionale interna, che è chiamata ad interpretare le norme processuali nazionali in modo da assicurare alle persone fisiche e giuridiche la possibilità di contestare la legittimità di qualsivoglia provvedimento relativo all'applicazione del diritto UE (punto 56 della sentenza). La Corte supera l'impostazione avvalorata dal Tribunale, secondo la quale alcun rimedio poteva essere vantato dai privati, anche dinanzi alle autorità interne, rispetto ad una posizione comune. Questa impostazione restrittiva era stata talora avvalorata anche da autorità giurisdizionali interne, come nel caso del Conseil Constitutionnel francese, sentenza dell'11 dicembre 2006, causa *Dispens c. Ministre de l'Intérieur*, AJDA 2007, p. 421, con nota in dottrina di SIMON, in *Europe. Commentaire*, 2006, p. 23.

⁶¹ V. ad es. le sentenze 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, in *Racc.* p. 263, punto 42; 22 maggio 1990, causa C-70/88, *Parlamento c. Consiglio (Chernobyl)*, in *Racc.* p. I-2041 e le ordinanze 2 marzo 1994, causa C-316/91, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-625; 24 novembre 2005, cause riunite C-138/03, C-324/03, C- 431/03, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* p. I-10043.

⁶² V. il punto 52 della sentenza.

⁶³ A sostegno dell'estensione dell'orientamento della Corte sull'impugnabilità degli atti produttivi di effetti vincolanti in capo a terzi v. le conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro del 16 dicembre 2004, nella causa C-160/03, *Regno di Spagna c. Eurojust*, in *Racc.* p. I-2077, punto 21.

impugnabili⁶⁴.

Nell'intento di conciliare la garanzia di un livello minimo di protezione giurisdizionale con l'esigenza di non alterare il sistema di ricorsi predisposto dal Trattato, pertanto, la Corte ha giustificato tale esclusione sulla base del fatto che, in linea ordinaria, gli effetti delle posizioni comuni non operano nei confronti dei singoli. Proprio il coinvolgimento della sfera giuridica individuale – e non, in senso più estensivo, la produzione di effetti giuridici vincolanti – è risultato quindi l'elemento discrezionale per il rafforzamento della tutela giudiziale, con uno scarto evidente rispetto al principio elaborato nell'ambito del primo pilastro⁶⁵.

La pronuncia in esame è indicativa dell'approccio della Corte alla tematica della tutela giurisdizionale nell'ambito della cooperazione in materia penale ed evidenzia lo sforzo evolutivo profuso per superare le limitazioni poste dai meccanismi intergovernativi. Proprio il rafforzamento del sistema dei rimedi giudiziali e la ricerca di un più elevato grado di coerenza complessiva sono peraltro alla base delle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona in ordine al ricorso per annullamento, oggi disciplinato all'art. 263 TFUE⁶⁶. La soppressione del terzo pilastro ed alcune modifiche trasversali al rimedio in questione consentono infatti di ritenere in massima parte superate le limitazioni di carattere oggettivo e soggettivo della sua operatività a più riprese denunciate.

Dal primo punto di vista, infatti, l'art. 263 TFUE sottopone a vaglio di validità tutti gli atti legislativi, unitamente agli atti del Consiglio, della Commissione, della Banca centrale europea, del Parlamento europeo, del Consiglio europeo e di ogni organo dell'Unione che siano capaci di sortire effetti giuridici nei confronti di terzi. Vengono dunque a cadere previgenti immunità dal sindacato di legittimità, ormai non facilmente giustificabili nell'ambito di una comunità di diritto⁶⁷. Richiamando con una formula di chiusura tutti gli organi ed organismi dell'Unione, la norma primaria consente inoltre di aggiornare il rimedio in parola all'evoluzione istituzionale ed amministrativa dell'Unione europea, che ha concesso crescente spazio decisionale ad organi tecnici e specializzati, fra i quali si segnalano per importanza le agenzie⁶⁸. Ne

⁶⁴ La necessità di rispettare il dettame del Trattato in ordine al sistema dei ricorsi era già stata evidenziata dalla Corte nella causa C-160/03, *Regno di Spagna c. Eurojust*, cit., punti 36-38, nella quale si controverteva sulla possibilità di esperire un ricorso di annullamento ai sensi dell'art. 230 TCE avverso un invito a presentare candidature emesso dall'Eurojust per posti di agente temporaneo.

⁶⁵ In dottrina è stata rilevata la scarsa coerenza del sistema di rimedi delineato a seguito della sentenza in esame, ritenendosi irragionevole condizionare l'esperibilità del ricorso per annullamento da parte dello Stato o della Commissione alla circostanza che la posizione comune incida su situazioni giuridiche individuali. Cfr. CANNIZZARO – BARTOLONI, *La costituzionalizzazione del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 479.

⁶⁶ Le riforme introdotte ricalcano quanto già previsto dal Trattato costituzionale, all'art. III-365.

⁶⁷ Il caso più significativo riguardava il Consiglio europeo, in precedenza non elencato fra i soggetti legittimati passivi. V. le ordinanze coeve della Corte del 13 gennaio 1995, causa C-253/94, *Olivier Roujanski*, in *Racc.* p. I-7; causa 264/94 P, *Bonnamy*, in *Racc.* p. I-15.

⁶⁸ Tale esigenza è stata evidenziata anche dal Tribunale. V. la sentenza dell'8 ottobre 2008, causa T-411/06, *Sogelma c. Agenzia Europea per la Ricostruzione (AER)*, in *Racc.* p. II-2771, con nota di commento di ROSSOLINI, *La competenza del giudice comunitario per l'annullamento degli atti delle agenzie europee*, in *Diritto Comunitario e*

consegue la possibilità di impugnare gli atti di Europol, oggi trasformato in agenzia dell'UE, ed Eurojust, rilievo di particolare interesse se si considera l'incremento delle loro funzioni nel novellato Titolo V TFUE⁶⁹. Nel sistema previgente, la Dichiarazione n. 7 relativa all'art. 30 TUE, allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa per il Trattato di Amsterdam, precisava che l'attività dell'Ufficio di polizia avrebbe dovuto essere soggetta a idonea supervisione giurisdizionale interna, in forza delle norme e dei rimedi previsti a livello nazionale. Questa impostazione sollevava due principali problematiche: in primo luogo, l'operato dell'organismo non era oggetto di un controllo uniforme sul territorio dell'Unione; in secondo luogo, persisteva comunque un'ampia area di esenzione da tale sindacato, poiché il Protocollo della convenzione istitutiva sull'immunità dei funzionari dell'Ufficio li esonerava da ogni responsabilità rispetto all'eventuale utilizzo non autorizzato o scorretto di dati personali⁷⁰.

Alla luce del rinnovato contesto normativo, sarà in particolare necessario vigilare sulla disciplina specifica che il Legislatore europeo, in forza dell'investitura attribuita dal TFUE, adotterà per definire l'organizzazione ed i compiti dei due organismi, con peculiare attenzione per i riflessi sulla posizione giuridica degli individui. Al riguardo, appare *in primis* urgente un accorto sindacato sugli atti di Europol in tema di trattamento dei dati personali sensibili, mentre per l'attività di Eurojust si potrà profilare un controllo sul rispetto delle garanzie processuali nella conduzione di investigazioni transfrontaliere o nella gestione di richieste di assistenza giudiziaria.

Al riguardo, potrebbe essere opportuno individuare criteri discretivi di portata sistematica, che consentano all'interprete un approccio coerente ed uniforme alla valutazione degli effetti dei provvedimenti di questi organismi, così da ovviare al rischio di un apprezzamento su base meramente casistica, foriero di possibili esiti disarmonici. Occorre altresì considerare il rapporto tra Eurojust o Europol e le autorità giudiziarie e di polizia degli Stati membri, alla luce delle indicazioni che promanano dalla rigorosa giurisprudenza del Tribunale in materia di sindacabilità degli atti dell'OLAF, l'Ufficio europeo per la lotta antifrode⁷¹. L'organo giudiziario dell'Unione infatti ha prudentemente modellato il proprio approccio alla luce delle peculiarità organizzative e funzionali dell'Ufficio, formalmente parte della Commissione europea, sebbene in sostanza chiamato a fornire direttamente ad istituzioni nazionali o europee informazioni necessarie ad accertare in maniera definitiva eventuali violazioni o abusi

degli Scambi Internazionali, 2009, p. 491. Sul regime di impugnazione degli atti delle agenzie v. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento*, cit., p. 179.

⁶⁹ Cfr. la decisione del Consiglio del 6 dicembre 2009, 2009/371/GAI, che istituisce Europol, in GU L 121 del 15 maggio 2009 e la decisione quadro del Consiglio 2009/426/GAI del 16 dicembre 2008 relativa al rafforzamento dell'Eurojust, in GU L 138 del 4 giugno 2009.

⁷⁰ Cfr. il Protocollo sui privilegi e le immunità dei funzionari e degli agenti di Europol, artt. 12 e 13, in GU C 221, p. 1. L'ambito operativo del Protocollo si estendeva ad ogni ipotesi in cui il funzionario avesse agito nell'ambito delle proprie prerogative.

⁷¹ Sul punto v. INGHELRAM, *Judicial review of investigative acts of the European Anti — Fraud Office (OLAF): a search for a balance*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 601.

del diritto dell'Unione ad opera di privati⁷².

Il Tribunale, con orientamento costante, ritiene inammissibili i ricorsi proposti avverso atti investigativi dell'OLAF, aventi differente contenuto, natura e capacità di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive, come la decisione di avviare o chiudere indagini o la trasmissione di informazioni alle autorità nazionali competenti. Questo orientamento trova due principali spiegazioni, che pure hanno sollevato rilievi critici⁷³. In primo luogo, l'operato dell'OLAF, ivi compresa la comunicazione di un rapporto conclusivo su una determinata vicenda, non determina automaticamente ed autonomamente l'avvio di un procedimento – sia esso penale, amministrativo o anche disciplinare – nei confronti dei soggetti coinvolti, poiché tale potestà non rientra tra le funzioni attribuite all'Ufficio. In secondo luogo, ogni determinazione in ordine alle iniziative da intraprendere spetta alle autorità nazionali, che, per dato espresso del regolamento istitutivo dell'Ufficio, sono in linea di principio libere di valutare le evidenze raccolte ed inviate dall'OLAF⁷⁴.

Anche in presenza di attività dell'Ufficio capace di incidere in misura significativa sulla sfera personale dell'indagato, l'orientamento prevalente evidenzia la possibilità di esperire rimedi interni, proprio perché la relazione informativa OLAF, pur decisiva per avviare un procedimento, è almeno formalmente oggetto di ulteriore e discrezionale valutazione da parte delle autorità nazionali. Alla luce del principio di leale cooperazione, infatti, le autorità interne devono esaminare accuratamente la relazione trasmessa dall'Ufficio, ma ciò non è sufficiente a considerare questo atto vincolante, poiché la responsabilità ultima delle decisioni sull'accertamento di violazioni ed abusi è in capo alle autorità nazionali⁷⁵.

Da un punto di vista sistematico, la generalizzazione del vaglio della Corte sulla legittimità degli atti vincolanti delle istituzioni e degli organi UE rappresenta un

⁷² Il ricorso, in ragione dell'inquadramento istituzionale dell'OLAF, deve essere presentato avverso la Commissione, poiché l'Ufficio non ha *locus standi* autonomo dinanzi alla Corte. Questa impostazione, peraltro, appare incoerente rispetto alla dottrina Meroni, se si considera che, in raffronto ad altre agenzie dell'UE, l'OLAF gode in sostanza di maggiore indipendenza operativa. In una proposta di revisione della disciplina dell'OLAF, la Commissione non ha tuttavia suggerito alcuna modifica significativa circa il suo incardinamento nell'ambito della Commissione, con la conseguenza che le prospettive rispetto al soggetto nei confronti del quale esercitare la tutela giurisdizionale appaiono immutate. V. COM (2011)135 def.

⁷³ V. per tutti POPOV, *What's wrong with OLAF? Accountability, due process and criminal justice in European anti-fraud policy*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 605.

⁷⁴ Cfr. il regolamento CE n. 1073/1999 del Parlamento e del Consiglio del 25 maggio 1999, in GU L 136, 1.

⁷⁵ V. sentenza del 4 ottobre 2006, causa T-193/04, *Tillack c. Commissione*, in *Racc.* p. II-3997; sentenza del 16 luglio 2006, cause riunite T-391/03 e T-70/04, *Franchet e Byc c. Commissione*, in *Racc.* p. II-2023. In una sola occasione si è registrato un orientamento contrario, da parte del Tribunale della Funzione pubblica, in relazione alla mancata audizione di alcuni funzionari dell'Ispra nell'ambito di un'investigazione dell'OLAF a seguito di un anomalo incremento degli incidenti sul lavoro e delle richieste di pensioni di invalidità. I ricorrenti lamentavano la violazione del diritto di difesa, avendo l'Ufficio trasmesso direttamente le risultanze della propria indagine all'autorità giudiziaria italiana. In seguito ad impugnazione della pronuncia da parte della Commissione, tuttavia, il Tribunale ha sovvertito l'esito della controversia, allineandosi al proprio usuale orientamento. V. la sentenza del Tribunale per la Funzione pubblica 28 aprile 2009, cause riunite F.5/05 / F-9/05, *Violetti e altri c. Commissione*, non pubbl. in *Racc.*, e la sentenza del Tribunale 20 maggio 2010, causa T-261/09, *Commissione c. Violetti e altri*, non anc. in *Racc.*

rilevante punto di approdo della rete di controllo sull'operato dell'Unione, a maggiore garanzia del principio delle competenze di attribuzione e dell'equilibrio istituzionale. A ben vedere, in effetti, la Corte ha da sempre posto l'accento sulla necessità di assicurare, attraverso il ricorso in esame, un opportuno bilanciamento all'interno del sistema istituzionale europeo, in ossequio alle norme del Trattato. In quest'ottica, la ricerca di equilibrio ha tradizionalmente rappresentato, da un lato, un fattore di impulso e rafforzamento delle prerogative di alcuni organi e, dall'altro, un'occasione per fissare limiti e condizioni all'esercizio delle funzioni istituzionali. L'attenzione per questa duplice prospettiva appare decisiva nel nuovo quadro del diritto primario, ove – nella cooperazione in materia penale più che altrove – si assiste al potenziamento o alla rimodulazione del ruolo di molti organi ed alla previsione di rinnovate procedure istituzionali⁷⁶.

Per quanto riguarda il superamento dei limiti soggettivi all'operatività del rimedio, il nuovo disposto primario ha ampliato il numero dei legittimati attivi, pur mantenendo la distinzione in tre differenti categorie. Fra i ricorrenti privilegiati non si registrano modifiche di sorta: Stati membri, Commissione, Consiglio e Parlamento europeo possono dunque impugnare senza limitazioni o condizioni particolari. La categoria dei legittimati intermedi viene invece integrata con il Comitato delle Regioni⁷⁷, e si rilevano alcune innovazioni rispetto al ruolo dei privati⁷⁸. Questi possono proporre un ricorso alle condizioni già previste all'art. 230 TCE⁷⁹, ma sono altresì legittimati ad impugnare atti regolamentari che li riguardino direttamente e che non necessitino di misure di esecuzione a livello nazionale. Questa novità ha colto nel segno delle sollecitazioni a più riprese avanzate dalla dottrina e talora proposte all'interno della Corte stessa, che invocavano presupposti meno rigorosi per la legittimazione attiva dei privati rispetto ai regolamenti⁸⁰. Viene infatti eliso il requisito

⁷⁶ Sull'urgenza di rafforzare la tutela giurisdizionale rispetto all'operato di Europol ed Eurojust v. DOUGLAS SCOTT, *The rule of law*, cit., p. 234; DE HERT – RIEHLE – PAPAKONSTANTINO, *Data protection in the Third Pillar: cautious pessimism*, in MARTIN, *Rights and the EU: the future of police and judicial cooperation*, Londra, 2008, p. 121. Il problema dell'equilibrio istituzionale è stato a più riprese affrontato dalla Corte di giustizia, nella duplice dimensione ora proposta. In senso "positivo" esso ha motivato, sin dal 1990, l'estensione della legittimazione attiva al ricorso per annullamento al Parlamento europeo. V. la sentenza 22 maggio 1990, causa C-70/80, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-2041, punto 26. Nel senso di apporre un limite all'operato delle istituzioni v. la sentenza in seduta plenaria del 2 marzo 2004, causa C-233/02, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-2759, punto 40, nella quale la Corte ha rigettato la tesi della Commissione, che riteneva di essere legittimata a adottare orientamenti non vincolanti, pur in assenza di espressa attribuzione da parte del Trattato.

⁷⁷ La mancata inclusione del Comitato economico e sociale ha suscitato perplessità in dottrina. Così PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia*, cit., p. 225.

⁷⁸ V., sulla legittimazione attiva dei privati, FONTANA, *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 70; LAZZERINI, *La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, p. 1086.

⁷⁹ A questo proposito si rimanda, fra i numerosi contributi, ad ARNULL, *Private applicants and the action for annulment since «Codorniu»*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 7; USHER, *Direct and individual concern. An effective remedy or a conventional solution?*, in *European Law Review*, 2003, p. 575.

⁸⁰ V. le note conclusioni dell'avvocato generale Jacobs del 21 marzo 2002, causa C-50/00, cit., in *Racc.* p. I-6677, punto 103, peraltro disattese dalla Corte, che ebbe modo di sottolineare come, in un sistema

dell'individualità, il quale, per giurisprudenza costante, imponeva che il ricorrente fosse interessato dall'atto in ragione di personali peculiarità o di una situazione di fatto capace di distinguerlo da terzi e tale da equipararlo ad un formale destinatario del provvedimento⁸¹.

Nondimeno, l'effettiva portata della novella potrà essere apprezzata solo nel momento in cui la giurisprudenza avrà palesato il proprio orientamento sull'interpretazione del testo dell'art. 263, par. 4 TFUE, soprattutto circa le nozioni di atto regolamentare e di assenza di misure interne di esecuzione. Sul punto, la dottrina ha già manifestato due principali ed opposti convincimenti, da un lato focalizzandosi sulla natura dell'atto ed escludendo i provvedimenti di carattere legislativo, dall'altro ponendo l'accento sulla *ratio* sottesa alla norma in esame e sulla conseguente necessità di estenderne la portata a tutti gli atti – legislativi, delegati o esecutivi – capaci di incidere sulla sfera giuridica degli individui senza l'ausilio di misure intermedie⁸².

Sempre con riferimento alle persone fisiche e giuridiche, inoltre, l'ultimo paragrafo dell'art. 263 TFUE dispone che i regolamenti istitutivi di organi ed organismi dell'Unione possono fissare condizioni specifiche per l'impugnazione degli atti da questi adottati, purché producano effetti giuridici nella sfera dei ricorrenti. Questa previsione può risultare di particolare interesse, ancora una volta, in relazione ad Eurojust ed Europol: la sua interpretazione estensiva potrebbe infatti consentire al Parlamento ed al Consiglio di stabilire tale disciplina *ad hoc* nei regolamenti che sono legittimati a adottare per fissare l'organizzazione e le funzioni di questi organismi⁸³.

imperniato sul principio delle competenze di attribuzione, il riconoscimento di maggiori potestà ai privati nell'ambito del ricorso in esame avrebbe comportato una indebita forzatura del Trattato. Le riflessioni vennero invece colte dal Tribunale, in un caso in cui, data l'assenza di misure interne di esecuzione, sarebbe stato precluso al singolo l'esperimento di un rimedio giurisdizionale. Cfr. la sentenza 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quéré e CIE SA c. Commissione*, in *Racc.* p.-II2365, punto 45. Questo orientamento rispondeva anche alla giurisprudenza CEDU, secondo la quale non si può imporre ad un soggetto la violazione di norme di legge quale unico espediente per ottenere tutela giudiziale. Cfr. la sentenza del 24 settembre 2002, ricorso n. 27824/95, *Posti et Rahko c. Finlandia*.

⁸¹ Cfr., nella costante giurisprudenza sulla cd. "formula Plaumann", le sentenze della Corte 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann*, in *Racc.* p. 165, punto 220 e 29 aprile 2004, causa 298/00 P, *Italia c. Commissione*, in *Racc.* p. I-4087, punto 36 e giurisprudenza ulteriore ivi citata.

⁸² Il primo orientamento è sostenuto, ad esempio, da DE WITTE, *The European judiciary*, cit., p. 47 e PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia*, cit., p. 229. Supporta questa visione anche HINAREJOS, *Judicial control in the European Union. Reforming jurisdiction in the intergovernmental Pillars*, Oxford, 2009, pp. 103-104, secondo cui i redattori del Trattato hanno inteso riferirsi alla ripartizione fra atti legislativi e non legislativi, come reso evidente dai lavori preparatori della Convenzione per il futuro dell'Unione. La necessità di dare preminenza alla finalità della norma è invece rimarcata da ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 55. Questa impostazione, in particolare, è ritenuta più coerente con la giurisprudenza della Corte, poiché consentirebbe la possibilità di impugnare atti vincolanti dell'Unione che, in mancanza di provvedimenti nazionali, priverebbero i singoli della possibilità di agire dinnanzi al giudice interno, con il rischio di disomogeneità nel sistema di tutela giurisdizionale. La prima posizione è stata sostenuta in sede processuale dal Parlamento europeo e dal Consiglio. V. l'ordinanza del Presidente del Tribunale del 30 aprile 2011, causa T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, in *Racc.* II-75, punti 32-33.

⁸³ Questa norma può essere letta in uno con l'art. 16 par. 2 TFUE, sulla tutela dei dati personali. Un'ulteriore occasione di rafforzamento del rimedio si evince dall'art. 8 del Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, ai sensi del quale la Corte è competente a

In sede conclusiva, rispetto agli effetti della sentenza, si segnala che la nuova formulazione dell'art. 264 TFUE conserva il potere discrezionale della Corte di considerare definitivi taluni effetti di un atto annullato, anzi estendendolo anche ad atti diversi dai regolamenti. La modifica è intesa ad assicurare la certezza del diritto rispetto ai diritti quesiti ed alle situazioni giuridiche consolidate in forza di un atto invalido ed appare tanto più opportuna se si considera l'ampliato spettro applicativo del ricorso per annullamento. Anche in questo caso, peraltro, la nuova formulazione del Trattato non fa che recepire quanto già in parte elaborato dalla giurisprudenza della Corte, che già in passato aveva apprezzato in misura estensiva l'art. 231 TCE, esercitando la potestà discrezionale da esso disciplinata anche rispetto agli effetti delle decisioni⁸⁴.

2.3. Il rinvio pregiudiziale

Anche la disciplina del rinvio pregiudiziale ha beneficiato, con riferimento alla cooperazione in materia penale, della neutralizzazione dei limiti alla giurisdizione della Corte. Sino alla recente riforma, infatti, gli Stati avevano la facoltà di riconoscere la competenza della Corte a statuire sull'interpretazione o sulla validità delle decisioni e delle decisioni quadro⁸⁵. Unitamente alla dichiarazione di accettazione, peraltro, gli Stati potevano riservare la facoltà di promuovere il rinvio alle sole giurisdizioni di ultima istanza. Inoltre, l'art. 35 TUE non legittimava la Corte a pronunciarsi sull'interpretazione delle norme di rango primario, limitando tale potestà al solo diritto derivato. Ne derivava un sistema "a geometria variabile", con potenziale pregiudizio per l'uniformità interpretativa ed applicativa del diritto dell'Unione, in patente contrasto con la finalità stessa del dialogo fra autorità giurisdizionali⁸⁶.

Ciò ha condotto ad un numero ristretto di pronunce, che tuttavia hanno consentito alla Corte di offrire un contributo decisivo alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, mediante l'estensione di alcuni principi già elaborati nel pilastro comunitario ed attraverso il rafforzamento della fiducia fra gli Stati e l'affermazione del principio del reciproco riconoscimento⁸⁷.

statuire sui ricorsi per annullamento promossi dagli Stati a nome dei parlamenti o di una loro camera, per violazione del principio di sussidiarietà. Cfr. la sentenza della Corte del 12 ottobre 2002, causa 491/01, *British American Tobacco e Imperial Tobacco*, in *Racc.* p. I-11453.

⁸⁴ La Corte ha tradizionalmente utilizzato con parsimonia detta potestà, limitatamente alle ipotesi di «importanti ragioni di certezza del diritto». Cfr. sentenza 6 novembre 2008, causa C-155/07, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.* I-8103, punto 87 ed ulteriore giurisprudenza ivi citata. In dottrina v. WALDHOFF, *Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 173.

⁸⁵ V. *supra*, par. 1.

⁸⁶ Un pregiudizio tanto più rilevante in considerazione della crescente produzione normativa dell'Unione in questo ambito, spesso contraddistinta da formulazioni di ampio respiro, idonee a fondare multiformi opzioni ermeneutiche e soluzioni applicative molto differenziate.

⁸⁷ V. AZOULAI, *Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2008, p. 44.

Nel primo senso, appare emblematica la nota sentenza *Pupino*⁸⁸, nella quale la Corte ha osservato che la mancanza, nell'ambito del Trattato UE, di una norma corrispondente all'art. 10 TCE sul principio di leale cooperazione non potesse automaticamente implicare l'inesistenza di un corrispondente dovere di collaborazione con l'Unione.⁸⁹ L'efficace perseguimento degli obiettivi posti dal Trattato richiedeva infatti la necessaria collaborazione degli Stati, in particolare mediante l'obbligo in capo al giudice nazionale di interpretare il diritto interno in maniera conforme al testo ed allo scopo delle decisioni quadro. Similmente a quanto ritenuto per il pilastro comunitario, detto obbligo avrebbe dovuto operare rispetto al diritto nazionale nel suo complesso, trovando limite nell'interpretazione *contra legem* e nell'ossequio ai principi generali dell'ordinamento, quali la certezza del diritto e la non retroattività delle leggi penali⁹⁰.

Nella seconda prospettiva, si segnala in via elettiva la giurisprudenza in tema di principio del *ne bis in idem*, la cui portata applicativa è stata vieppiù ampliata nel tempo dalla Corte⁹¹. Nessuna norma del Trattato, infatti, subordina l'applicazione di questo principio alla previa adozione di norme di ravvicinamento delle legislazioni penali, poiché nell'opinione della Corte il suo fondamento primo è la fiducia reciproca fra gli Stati membri circa i rispettivi sistemi di giustizia penale⁹².

Con il Trattato di Lisbona, la competenza pregiudiziale della Corte diviene generale per le materie interessate dal Titolo V e si esplica nei confronti di tutti gli Stati, le cui autorità giurisdizionali hanno dunque, a seconda del ruolo esercitato nel sistema giudiziario interno, la facoltà o l'obbligo di formulare un rinvio. L'art. 267 TFUE, similmente al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, precisa che possono essere oggetto di questione pregiudiziale tutti gli atti delle istituzioni, degli organi ed organismi dell'Unione, accogliendo così la giurisprudenza consolidata della Corte di

⁸⁸ Cfr. la sentenza 16 giugno 2005, *Pupino*, cit.

⁸⁹ Cfr. BAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni — quadro*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006, p. 884; MARCHEGIANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 563.

⁹⁰ La Corte infatti ha precisato a più riprese che l'obbligo di rispettare i principi generali del diritto ed i diritti fondamentali attiene a tutto il campo di attività dell'Unione, anche alla luce dell'art. 6 TUE. V. in tema di compatibilità della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo con il principio di legalità e con il divieto di discriminazione, la sentenza del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaaten voor de Wereld*, in *Racc. p.* I-3633. In dottrina, S. Manacorda, *L'exception à la double incrimination dans le mandat d'arrêt européen et le principe de légalité*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2007, p. 149.

⁹¹ V. le sentenze 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brugge*, in *Racc. p.* I-1345 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P, C-252/99 P e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a.*, in *Racc. p.* I-8375; 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, in *Racc. p.* I-2333; 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, in *Racc. p.* I-9327; 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, in *Racc. p.* 9199; 11 dicembre 2008, causa C-467/05, *Bourquain*, in *Racc. p.* I-5557; 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, in *Racc. p.* I-11039; 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, in *Racc. p.* I-11477.

⁹² Non manca tuttavia chi rileva un forte divario tra la *confiance* professata dalla giurisprudenza e la *défiance mutuelle* fra gli Stati: v. LABAYLE, *Architecte ou spectatrice?*, cit., p. 26; NILSSON, *Mutual trust or mutual distrust?*, in DE KERCHOVE – WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle*, cit., p. 133.

giustizia sul punto e formalizzando ad esempio la possibilità di sollevare quesiti circa l'interpretazione o la validità di atti di Eurojust ed Europol⁹³.

In questo modo, viene fortemente mitigato il rischio di discrasie interpretative in sede nazionale, a beneficio della certezza e uniformità del dato normativo e del pieno riconoscimento delle posizioni giuridiche tutelate dagli atti dell'Unione, la cui effettiva incidenza non può che dipendere dalle modalità procedurali impiegate per esigerne il rispetto. Si segnala in particolare il rafforzamento della tutela dei singoli, sia grazie al rimedio indiretto del rinvio pregiudiziale di interpretazione, sia attraverso la possibilità di sollecitare il giudice interno alla formulazione di un rinvio di validità, senza il vincolo dei più rigidi termini dettati per il ricorso per annullamento⁹⁴.

La riforma è inoltre intervenuta sul problema dell'eccessiva durata delle procedure pregiudiziali, che le statistiche fissano in media in diciotto mesi, un lasso di tempo spesso incompatibile con le esigenze di celerità sottese ai procedimenti penali interni. Allo scopo di conciliare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione con i diritti della persona e l'esigenza punitiva dello Stato, l'ultima disposizione dell'art. 267 TFUE stabilisce dunque che i rinvii che coinvolgano persone detenute vengano trattati nel più breve tempo possibile⁹⁵. Questa disposizione si inserisce in un più ampio novero di misure e soluzioni procedurali volte ad assicurare la crescente speditezza dell'*iter* dinanzi ai giudici di Lussemburgo. Un primo strumento è rappresentato dal procedimento accelerato, di cui all'art. 104 *bis* del regolamento di procedura della

⁹³ L'art. 234 faceva richiamo ai soli atti delle istituzioni comunitarie, anche se, per via interpretativa, la Corte ne aveva esteso la portata a tutti i provvedimenti degli organi ed organismi dell'Unione. V. ad es. le sentenze 3 febbraio 1977, causa 62/76, *Strehl*, in *Racc.* p. 211; 6 ottobre 1987, causa 152/83, *Demouche*, in *Racc.* p. 3833; 16 dicembre 1992, causa C-237/91, *Kus*, in *Racc.* p. I-6781.

⁹⁴ Nel sistema previgente, in effetti, la lacuna più stridente atteneva proprio le ipotesi in cui il giudice nazionale non godesse di alcuna legittimazione a proporre in via pregiudiziale una censura di un atto ritenuto invalido. La dottrina proponeva tre soluzioni, ciascuna delle quali presentava tuttavia criticità. In primo luogo, si sarebbe potuta profilare la legittimazione diretta del giudice interno a rilevare i vizi del provvedimento europeo. Ciò tuttavia contrastava con la logica sottesa alla giurisprudenza *Foto-Frost*. V., fra gli altri, GAJA, *The growing variety of procedures concerning preliminary rulings*, in O'KEEFE – BAVASSO, *Judicial review in European Union law*, cit., p. 147. Una seconda via di fuga si incentrava sull'estensione in via analogica della giurisprudenza *Foto-Frost* al terzo pilastro, consentendo alle autorità giurisdizionali interne di ovviare alle limitazioni alla proposizione di rinvii pregiudiziali di validità. La Corte, tuttavia, ha a più riprese evidenziato la necessità di assicurare *in primis* il rispetto delle competenze accordate agli organi giudiziari dell'UE dal Trattato, senza forzature ermeneutiche. Cfr. DE SCHUTTER, *La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle*, in DE KERCHOVE – WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle*, cit., p. 84. Cfr. La sentenza 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Racc.* p. 4195. La terza possibilità avrebbe comportato l'applicazione delle norme europee, anche a costo di confezionare provvedimenti giurisdizionali radicalmente ingiusti dal punto di vista sostanziale. Cfr. SKOURIS, *L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels*, in AA. VV., *Liber amicorum in l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, 2007, p. 72.

⁹⁵ Il nuovo disposto del Trattato ricalca sul punto l'art. III-369 del Trattato costituzionale. Il richiamo all'esigenza di celerità, senza indicazione specifica della procedura da seguire, sembra deporre a favore del procedimento accelerato ove, al di fuori delle materie di cui allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il procedimento *a quo* incida sulla posizione di un soggetto in regime di restrizione della libertà personale. Per dato espresso della regolamento della Corte, infatti, la procedura d'urgenza non trova applicazione al di fuori dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Corte⁹⁶. Esso trova applicazione qualora il Presidente, sentito l'avvocato generale ed il relatore ed a seguito di richiesta da parte del giudice del rinvio⁹⁷, rilevi «un'urgenza straordinaria di statuire sulla questione proposta in via pregiudiziale». Ciò comporta l'immediata fissazione dell'udienza, durante la quale il Presidente può sollecitare le parti a concentrare le proprie memorie ed osservazioni sulle sole problematiche giuridiche essenziali per la deliberazione del Collegio.

Più radicale, tanto da configurarsi come un vero e proprio *iter* procedimentale autonomo, è la seconda deroga alla disciplina processuale ordinaria, che ha applicazione nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed è prevista all'art. 104 *ter* RP⁹⁸. Si tratta del procedimento pregiudiziale d'urgenza⁹⁹, l'istituzione del quale trae origine dalla graduale comunitarizzazione delle materie comprese nell'attuale Titolo V TFUE. Questo fenomeno ha interessato procedimenti principali che in molte ipotesi richiedono una rapida definizione, rendendo così evidente la necessità di approntare soluzioni processuali *ad hoc* per scongiurarne il congelamento o per evitare disincentivi alla formulazione dei rinvii¹⁰⁰.

L'attivazione della procedura d'urgenza è subordinata alla presenza di tre condizioni. In primo luogo, come già segnalato, essa trova dimora solo in relazione allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tale limite materiale deve essere interpretato rigorosamente e deve dunque riflettere la nozione europea di cooperazione in materia civile o penale, a nulla rilevando le più ampie categorie del diritto in auge in sede nazionale¹⁰¹. In secondo luogo, è necessaria una richiesta espressa da parte dell'autorità

⁹⁶ CONDINANZI – MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 432.

⁹⁷ L'art. 104 *bis* del regolamento di procedura prevede espressamente, all'ultimo paragrafo, che la deliberazione intervenga dopo che l'avvocato generale sia stato sentito. La presa di posizione dell'avvocato generale, pertanto, non è oggetto di presentazione pubblica nel corso della fase orale e non è oggetto di contraddittorio.

⁹⁸ L'esigenza di riformare il regolamento di procedura in relazione alle materie dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è stata rilevata dalla Corte stessa, che nel 2006 ha presentato un documento di riflessione, sollecitando due rimedi: l'apposizione di limiti all'intervento delle parti e lo sbarramento all'accesso alla fase orale, fatta salva la possibilità per tutti gli Stati di presentare memorie scritte. Con decisione 2008/79/CE del 20 dicembre 2007, in GU n. 24 del 29 gennaio 2008, p. 42, il Consiglio ha accolto quest'ultima opzione. Su questa base, il Consiglio ha adottato una coeva decisione di riforma del regolamento di procedura, in GU n. 24 del 29 gennaio 2008, p. 39, nel quale è stato inserito l'art. 104 *ter*.

⁹⁹ HONORATI, *Il nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza per i rinvii relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 625; TIZZANO – GENCARELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union Européenne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 923.

¹⁰⁰ L'urgenza di celerità dei procedimenti è ben esemplificata dall'art. 11 par. 3 del regolamento CE 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in GU L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1. La norma prevede che un'autorità giurisdizionale cui sia rivolta una domanda per ottenere il ritorno di un minore statuisca entro sei settimane dall'introduzione del giudizio. Quanto alla durata della procedura pregiudiziale d'urgenza, il Consiglio ha adottato una ulteriore decisione, preannunciando un tempo compreso fra due e quattro mesi. Cfr. decisione 2008/79/CE, *cit.*, p. 44.

¹⁰¹ L'ambito di operatività della procedura d'urgenza avrebbe confini molto meno stringenti se si accogliesse la *summa divisio* interna fra diritto civile e penale, indipendentemente dalla base giuridica rilevante del Trattato. Si tratterebbe, d'altra parte, di una indebita e grossolana sovrapposizione delle

giurisdizionale *a quo*, fatta salva la possibilità per il Presidente, in ipotesi eccezionali, di invitare la camera competente a valutare la possibilità di procedere *ex art. 104 ter RP*¹⁰².

Infine, è necessario sussistano effettive esigenze d'urgenza, che devono essere opportunamente motivate in fatto e in diritto dal giudice rimettente. Al fine di orientare l'interprete nell'apprezzamento di questo criterio, il Consiglio, nella decisione sopra menzionata, ha operato un generale richiamo alle situazioni in cui la controversia principale possa comportare gravi conseguenze sulla sfera giuridica dei soggetti coinvolti. Anche la Corte ha fornito alcune precisazioni¹⁰³, indicando le ipotesi *ex art. 267*, par., 4 TFUE, di una persona detenuta o privata della libertà, qualora l'orientamento del Collegio di Lussemburgo sia determinante per valutare la situazione giuridica di tale persona, ovvero le controversie circa la potestà genitoriale o la custodia di figli minori.

La prassi applicativa evidenzia piena adesione agli orientamenti delle istituzioni europee, rivelando una valutazione alquanto rigorosa del parametro dell'urgenza della situazione di specie. I casi sinora condotti a norma dell'art. 104 *ter RP*, infatti, possono essere raggruppati nelle due categorie prospettate dalla Corte, ovvero controversie in tema di responsabilità genitoriale o che interessino la libertà personale individuale.

A prescindere dai profili strettamente procedurali¹⁰⁴, si può ritenere, ad alcuni anni dalla sua introduzione di questo istituto, che questo istituto si candidi a divenire uno strumento di centrale rilevanza per l'esercizio della competenza pregiudiziale della Corte nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La dottrina sottolinea come la prassi sino ad oggi consolidatasi non abbia portato a snaturare schemi e caratteristiche delle pronunce della Corte in raffronto ai rinvii ordinari¹⁰⁵. Pur nel contesto di diffusi allarmi sul pericolo di una minore qualità del ragionamento giuridico e del percorso

categorie nazionali del diritto su quelle sovranazionali, che peraltro registra un precedente nell'attività della Corte. Nella causa *Pontini*, infatti, il giudice italiano rimettente ha sollecitato la Corte a trattare secondo le forme del procedimento d'urgenza alcune questioni sollevate nell'ambito di un processo penale per truffa in danno dell'UE. Sebbene i quesiti interpretativi coinvolgessero la normativa comunitaria sulla PAC, il giudice *a quo* ha fondato la propria richiesta sulla natura penale del procedimento interno. V. l'ordinanza del Presidente della Corte del 29 settembre 2008, C-357/08, *Pontini e a.*, non pubbl. in *Racc.*

¹⁰² Cfr. art. 104 *ter* par. 3 RP. La Corte, nelle indicazioni alle autorità giurisdizionali interne sulla formulazione dei rinvii pregiudiziali, ha precisato di poter applicare *ex officio* la procedura d'urgenza ove quest'ultimo sembri indispensabile. Cfr. doc. 2009/C 297/01, in GU C 297 del 5 dicembre 2009, p. 1, par. 34.

¹⁰³ Cfr. nota informativa della Corte di giustizia, *cit.*, punto 36.

¹⁰⁴ Sulle criticità sollevate dalla procedura d'urgenza dal punto di vista procedurale v., in particolare, BORRACCETTI, *Il procedimento pregiudiziale d'urgenza*, esigenze di celerità e diritti fondamentali della persona, in AA.VV., *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'incontro di studi tra giovani cultori delle materie internazionalistiche – VII edizione, Torino 9-10 ottobre 2009*, Napoli, 2010, p. 106. L'autore si sofferma in particolare sulla limitazione all'intervento di soggetti terzi rispetto alle parti. Solo le parti del procedimento principale, la Commissione, le istituzioni e lo Stato membro coinvolti hanno la possibilità di depositare memorie ed osservazioni.

¹⁰⁵ TIZZANO – GENCARELLI, *La procédure préjudicielle*, *cit.*, p. 935. Gli autori precisano però che, con il Trattato di Lisbona, la procedura potrebbe divenire vittima del suo stesso successo, con un aumento progressivo dei rinvii. Al riguardo, il Consiglio ha sollecitato la Corte a presentare, entro tre anni dal varo dell'istituto, una relazione di sintesi sulla prassi applicativa e sulle eventuali criticità.

motivazionale a supporto delle sentenze,¹⁰⁶ «la Cour s'est prononcée dans des délais très courts sur des questions complexes, dans des domaines souvent nouveaux pour le juge communautaire, en rendant des décisions solidement motivés ne se distinguant aucunement à cet égard de sa production ordinaire»¹⁰⁷.

La Corte ha senz'altro beneficiato della specificità delle materie devolute alla procedura in parola. Appare pertanto opportuno che il parametro dell'urgenza continui ad essere apprezzato in misura prudente e rigorosa, onde evitare che la dilatazione della sua portata pregiudichi sotto il profilo qualitativo l'operato del Collegio. Un aumento sensibile delle domande pregiudiziali, inoltre, potrebbe incidere sulla durata delle procedure, in contrasto con la loro stessa *ratio* e con aggravio organizzativo capace di riflettersi sull'attività complessiva della Corte¹⁰⁸.

3. I diritti fondamentali come fattori indiretti di impulso per le competenze della Corte: le prospettive nell'ambito del *ne bis in idem* e del mandato d'arresto europeo.

Come si è avuto modo di considerare, la riforma dei Trattati ha posto nuove prospettive per il ruolo della Corte di giustizia nella cooperazione in materia penale. Si è infatti assistito al rafforzamento della sua competenza giurisdizionale, attraverso innovazioni di respiro sistematico o riforme sugli istituti mediante i quali il Giudice dell'Unione esercita le proprie funzioni. Sino ad ora, peraltro, il tema è stato affrontato da una prospettiva essenzialmente istituzionale – con una peculiare attenzione per il dato positivo delle norme dei Trattati – alla quale appare opportuno affiancare alcune sintetiche riflessioni di più ampia portata, in ordine agli ulteriori fattori che incidono sull'operato della Corte ed il conseguente contributo che essa può assicurare al processo di integrazione nel settore in esame. Occorre in effetti rilevare come, osservando la riforma dei Trattati da un più esteso angolo di visuale, si possano individuare al contempo elementi di impulso e di freno del ruolo della Corte.

¹⁰⁶ Appare emblematico, in questo senso, l'ammonimento dell'avvocato generale Jarabo-Colomer, nelle conclusioni del 5 marzo 2009, causa C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort SL*, in *Racc.* p. I-5439, nota 16: «Il nuovo procedimento pregiudiziale di urgenza, adottato il 15 gennaio 2008 (GU L 24, pag. 39) e disciplinato dall'art. 104 ter del regolamento di procedura della Corte di giustizia, oltre a presentare inevitabili rischi per la coerenza e l'unità della giurisprudenza (per non parlare del venir meno di garanzie procedurali fondamentali come quelle legate alla trasparenza), può inoltre compromettere la capacità operativa di questa Corte, nel caso di future (probabili) valanghe di ricorsi. Nonostante l'esistenza di tali pericoli, nulla ha trattenuto i fautori di tale procedimento». In effetti la Commissione stessa, nel parere SEC(2007) 1540 del 20 novembre 2007, sulla domanda di modifica dello statuto della Corte di giustizia presentata dalla Corte ai sensi dell'articolo 245 comma 2 TCE e diretta a permettere l'introduzione, in determinati settori, di un procedimento pregiudiziale d'urgenza, ha previsto il progressivo incremento del ricorso a questo strumento.

¹⁰⁷ Per ulteriori approfondimenti v. TIZZANO – IANNUCELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice: premier bilan et nouvelles questions*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 107.

¹⁰⁸ La trattazione delle procedure d'urgenza – sia sotto il profilo dell'ammissibilità delle richieste che del merito – viene affidata ad una sezione della Corte, individuata di anno in anno. Ciò permette di approntare le soluzioni organizzative per giungere a decisione in tempi molto ristretti.

Dal primo punto di vista, si segnala in particolare il riconoscimento del valore giuridico pari ai Trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ex art. 6 TUE, norma che altresì preannuncia l'adesione dell'Unione alla CEDU. Si assiste così alla espressa consacrazione, fra gli altri, del principio del *ne bis in idem*, del principio di legalità, del diritto ad un giusto processo e del principio della proporzionalità delle pene rispetto al fatto commesso, quali fari in direzione dei quali orientare l'attività legislativa e la produzione giurisprudenziale. Sebbene la Carta in larga parte, soprattutto in ambito penale, codifichi principi già in precedenza accolti nelle pronunce della Corte¹⁰⁹, la sua nuova veste di atto vincolante consente di declinarli ed applicarli secondo le peculiarità dell'ordinamento europeo, pur nel rispetto delle tradizioni costituzionali nazionali e del livello di tutela accordato nel sistema della CEDU.

Un esempio elettivo, in questo senso, è costituito dal divieto di doppio giudizio, di cui all'art. 54 della Convenzione sull'Applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS)¹¹⁰ ed ora anche previsto all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE¹¹¹. La Corte ha infatti sinora valorizzato questo istituto alla luce del principio del reciproco riconoscimento e della necessità di rafforzare la fiducia fra gli Stati membri, orientando a queste priorità l'interpretazione dei presupposti di applicazione del divieto, con particolare riferimento per le nozioni di *idem factum* e di decisione giurisdizionale definitiva¹¹².

Bisogna inoltre considerare, in questa prospettiva, come il riconoscimento del valore vincolante della Carta renda imprescindibile un futuro chiarimento sul suo rapporto con la Convenzione di Applicazione dell'Accordo Schengen, anche in ragione di alcune sostanziali e non secondarie differenze nella definizione del principio contenuta in questi due atti. Si segnala infatti come solo la CAAS subordini l'operatività del *ne bis in idem* all'ipotesi in cui la condanna definitiva sia stata realmente eseguita.

Inoltre, in senso ulteriormente idoneo a determinare discrasie ermeneutiche, la Convenzione ricorre alla nozione di "fatto", mentre la Carta riporta il più specifico

¹⁰⁹ Al riguardo, si richiama l'efficace formula espressiva di Jacqu , che ritiene la Carta finalizzata a «rendre visible l'invisible» Cfr. JACQU , *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Parigi, 2010, p. 124. Ci  trova espressamente conferma anche nel Preambolo della Carta e nella Dichiarazione n. 1 sulla Carta dei diritti fondamentali, allegata al Trattato. V. la sentenza 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-5769, punto 38: «Se   pur vero che la carta non constitue uno strumento giuridico vincolante, il legislatore comunitario ha tuttavia inteso riconoscerne l'importanza [...]».

¹¹⁰ Ai sensi dell'art. 54 CAAS «Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non pu  essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa pi  essere eseguita».

¹¹¹ L'art. 50 recita: «Nessuno pu  essere perseguito o condannato per un reato per il quale   gi  stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». v. altres  l'art. 4 del Protocollo 7 CEDU «No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State».

¹¹² L  F, 54 CISA and the principles of ne bis in idem, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2007, p. 316.

termine “reato”. La distinzione fra questi due concetti è stata affrontata dal Giudice di Lussemburgo nel caso *Van Esbroek*¹¹³, nel quale è stata eletta una concezione naturalistica del requisito, indipendentemente dunque dalla qualificazione giuridica delle vicende occorse. Poiché i processi penali nei confronti del signor Van Esbroek riguardavano i poli opposti di una vicenda di traffico internazionale di stupefacenti, qualificata da un lato come esportazione e, dall’altro, come importazione di droga, Ove la Corte avesse scelto di identificare il criterio dell’*idem factum* con l’offesa, il divieto di duplice giudizio non avrebbe operato, considerata la diversa valutazione giuridica della condotta nei processi avviati, rispettivamente, dalle autorità giudiziarie belghe e norvegesi¹¹⁴. Il Collegio ha inoltre fatto proprie le argomentazioni dell’avvocato generale, che riconduceva il divieto di doppio giudizio agli schemi ed alle finalità dell’ordinamento europeo, precisando come l’apprezzamento del criterio dell’*idem factum* imponga la piena consapevolezza del limitato grado di armonizzazione fra ordinamenti nazionali ad oggi conseguito dall’Unione europea¹¹⁵.

La Corte ha poi ribadito e rafforzato questo approccio nella pronuncia *Krajiembrink*, precisando peraltro che l’identità del fatto non impone la completa parificazione naturalistica delle vicende ed estendendo così tale principio anche a reati accessori o secondari rispetto a quelli già giudicati¹¹⁶. Il Collegio, sul punto, ha specificato che la possibilità di rilevare un collegamento inscindibile nel tempo, nello spazio e per oggetto tra i fatti – valutazione che spetta in ogni caso al giudice nazionale – è idonea a superare la non perfetta identità delle condotte, per abbracciare nell’effetto preclusivo del giudicato anche vicende ancillari a quelle effettivamente contestate¹¹⁷.

Orbene, la chiara scelta terminologica operata nell’ambito della Carta dei diritti fondamentali sembra segnare una cesura rispetto all’impostazione della CAAS e, di conseguenza, all’elaborazione giurisprudenziale su di essa imperniata. Sebbene ad una prima analisi la Carta appare introdurre un regime di maggior rigore rispetto alla CAAS, pur vero che la scelta terminologica effettuata deve essere apprezzata alla luce della rinnovata sistematica dei Trattati. La ragione profonda di questa opzione, a ben

¹¹³ V. la sentenza 9 marzo 2006, causa C-436/04, *van Esbroek*, in *Racc.* p. I-2333.

¹¹⁴ La Corte ha sottolineato come la CAAS, anche dal punto di vista letterale, si differenziasse rispetto al testo dell’art. 14, n. 7, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dell’art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

¹¹⁵ V. altresì la sentenza 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, in *Racc.* p. I-9327. In dottrina, RAFARACI, *Procedural safeguards and the principle of ne bis in idem in the European Union*, in BASSIOUNI – MILITELLO – SATZGER, *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, p. 387.

¹¹⁶ Cfr. la sentenza 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Krajiembrink*, in *Racc.* p. I-6619. Nel caso di specie, in effetti, la cittadina olandese in questione era stata sottoposta a duplice procedimento – nei Paesi Bassi ed in Belgio – per reati tributari. Alcune violazioni, di carattere ancillare in raffronto a quelle per le quali era già intercorsa sentenza di condanna e ad esse avvinte dall’unicità del disegno criminoso, erano state scoperte solo successivamente al passaggio in giudicato della pronuncia del giudice olandese ed erano state contestate dall’autorità belga.

¹¹⁷ La Corte è da ultimo intervenuta sul punto in esame con la recente sentenza *Mantello*, nella quale, valorizzando la prospettiva sistematica, ha posto in relazione l’*idem factum* di cui all’art. 54 CAAS con la nozione di medesimi fatti prevista all’art. 3, par. 2, della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d’arresto europeo. Cfr. la sentenza 16 novembre 2010, *Mantello*, cit.

vedere, può infatti trovare fondamento nel fatto che gli artt. 82 ed 83 TFUE non si limitano a ribadire la centralità del reciproco riconoscimento, ma sollecitano altresì una nuova stagione normativa, destinata – al fine di consolidare la fiducia fra gli ordinamenti penali nazionali – ad accelerare il percorso verso il ravvicinamento delle norme penali processuali e sostanziali degli Stati membri¹¹⁸.

Allo stesso tempo, il rango primario riconosciuto alla Carta ha consentito di sollevare un embrionale dibattito in relazione al tradizionale problema del bilanciamento tra garanzie individuali ed interesse della pubblica autorità a perseguire e reprimere le condotte delittuose¹¹⁹. Appare rilevante in questo caso l'esempio della giurisprudenza in tema di motivi di non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo¹²⁰, ove si riscontra, nell'argomentare della Corte e nel confronto con gli avvocati generali, una faticosa e non ancora consolidata ricerca di equilibrio tra l'esercizio della potestà punitiva dello Stato richiedente la consegna del condannato, il fine tendenzialmente rieducativo e risocializzante della pena – riconosciuto in molte costituzionali nazionali – e la tutela della vita privata e familiare del soggetto coinvolto.

Il problema riguarda in particolare l'interpretazione dell'art. 4, par. 6, in forza del quale l'autorità giudiziaria competente può negare la consegna di colui che dimori o risieda nel territorio dello Stato destinatario della richiesta. Il Collegio di Lussemburgo ha sul punto precisato che la nozione di dimora acquista rilevanza ai fini dell'opzione facoltativa di rifiuto di consegna in presenza di ogni fattore ed elemento indicativo oggettivamente apprezzabile. Fra di essi, in particolare, rivestono una significativa potenzialità probatoria la durata, la natura, le ragioni e le condizioni della presenza sul territorio dello Stato; il complesso dei legami affettivi e familiari; gli interessi economici o i rapporti di lavoro passati e in atto¹²¹.

Al riguardo, nei casi *Kozłowski* e *Wolzenburg* la Corte ha operato una chiara scelta di campo rispetto alla gerarchia di valori ed interessi meritevoli di considerazione dalla giurisprudenza di Lussemburgo: l'aspettativa individuale all'accrescimento delle *chances* di risocializzazione soccombe al margine di discrezionalità degli Stati nell'attuazione della decisione quadro sul mandato d'arresto

¹¹⁸ KLIP, *Improving mutual trust among European Union member States in the area of police and judicial cooperation in criminal matters*, Amsterdam, 2009.

¹¹⁹ Sotto questo profilo, ad esclusivi fini di completezza, si segnala come il settore della cooperazione penale – in ragione della sua incisività su interessi statali fondamentali – è stato annoverato dalla Corte costituzionale tedesca fra le materie che costituiscono il nucleo essenziale dell'organizzazione costituzionale, rispetto alle quali occorre dunque rispettare i principi di democrazia e di autodeterminazione dei popoli. Cfr. la sentenza del 30 giugno 2009 del secondo Senato del Bundesverfassungsgericht, n. 2/08.

¹²⁰ L'esigenza di indicazioni ermeneutiche uniformi da parte della Corte è stata acuita dalle scelte effettuate da alcuni Stati membri, *in primis* l'Italia, nel recepire la decisione quadro: essi infatti hanno valorizzato nella massima estensione – se non in concreto infranto – il margine di discrezionalità loro accordato, prevedendo una serie significativa di cause di rifiuto od optando per formule normative di largo respiro, a beneficio dello spettro applicativo di queste clausole, ma a discapito dell'applicazione del mandato d'arresto europeo. Cfr. la decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, in GU L 190, 1,

¹²¹ V. la sentenza 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, in *Racc.* p. I-6041, punto 46.

e, di conseguenza, alla priorità sistematica di un efficace e completo funzionamento del sistema di consegna¹²².

L'orientamento della Corte, pur in una materia alquanto peculiare, appare influenzato da assunti giurisprudenziali già sostenuti nell'ambito del mercato interno. Segnatamente, il motivo ispiratore della statuizione della Corte può essere in prima istanza individuato nell'elaborazione giurisprudenziale sulla direttiva 2004/38 in tema di libera circolazione delle persone¹²³. In effetti, il Collegio ha applicato alla materia penale l'iter logico — argomentativo tipico dei propri precedenti sul punto, con particolare riferimento per i requisiti di dimora o residenza destinati ad assicurare l'accesso a regimi normativi più favorevoli esclusivamente in favore di coloro che evidenzino un apprezzabile grado di integrazione nel tessuto sociale ospitante¹²⁴. L'orientamento della Corte si espone a rilievi critici, nella misura in cui pone sul medesimo piano ed affronta con le stesse argomentazioni situazioni giuridiche fortemente disomogenee, che coinvolgono beni individuali di rango differente, relegando ad un piano secondario l'esigenza, a più riprese sottolineata dall'avvocato generale Bot, «che l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza privative della libertà

¹²² Cfr. La sentenza 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, in *Racc.* p. I-9621. La Corte ha ritenuto che la fissazione di un termine di cinque anni di presenza ininterrotta nello Stato ospitante quale presupposto per invocare l'ipotesi di non esecuzione di cui all'art. 4, comma 6 della decisione quadro rappresenti un esercizio corretto e proporzionato della potestà decisionale del legislatore statale, indipendentemente dalle eventuali circostanze di fatto capaci di comprovare i radicati legami di cui il soggetto goda nonostante il mancato rispetto di tale requisito. HERLIN-KARNELL, *The EAW and the principles of non-discrimination and EU citizenship*, in *Modern Law Review*, 2010, p. 460.

¹²³ La statuizione della Corte sul requisito di residenza si inserisce peraltro in un contesto alquanto frammentato di pronunce riconducibili a filoni giurisprudenziali connessi al problema della cittadinanza e della permanenza dell'individuo sul territorio nazionale. Il riferimento è anzitutto alle cause riunite *Ibrahim e Texeira*, nelle quale le ricorrenti, cittadine extracomunitarie separate dal marito, miravano a conseguire a livello nazionale un contributo assistenziale e il diritto di risiedere nello Stato ospitante in forza del regolamento 68/1612, in quanto genitori ai quali erano stati affidati i rispettivi figli minorenni. La Corte ha infatti accordato il diritto di soggiorno, in ragione della necessità di assicurare sostentamento al minore e di consentirgli di completare il percorso di studi avviato. V. la sentenza 24 febbraio 2010, cause riunite C-310/08 e 480/08, *Ibrahim e Texeira*, in *Racc.* p. I-1107. Merita altresì menzione la sentenza *Tsakouridis*, nella quale il giudice dell'Unione ha riconosciuto che motivi imperativi di ordine pubblico possono giustificare l'allontanamento del cittadino dal territorio dello Stato ospitante anche dopo dieci anni che questi vi risieda. In particolare, il provvedimento può essere emesso solo sulla base di una approfondita valutazione della situazione personale del soggetto coinvolto, che deve essere opportunamente bilanciata con l'eccezionale gravità del *vulnus* arrecato all'ordine pubblico di cui all'art. 28, comma 3, della direttiva 2004/38. V. la sentenza 23 novembre 2010, causa C-145/09, *Tsakouridis*, in *Racc.np.* I-7403. Per approfondimenti v. HERLIN-KARNELL, *EU criminal law relocated*, in Uppsala Faculty of Law Working Paper n. 2011/6, p. 12.

¹²⁴ In questo senso, l'iter argomentativo della Corte presenta un accentuato parallelismo con le motivazioni della sentenza *Förster*, riguardante la subordinazione dell'erogazione di un contributo di mantenimento per studenti al parametro della residenza sul territorio nazionale per un lasso di tempo non inferiore a cinque anni. Anche in quella sede la condizione apposta dallo Stato membro è stata ritenuta proporzionata allo scopo di «garantire che il richiedente un sussidio agli studi in questione sia integrato nello Stato membro ospitante». Cfr. la sentenza 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Förster*, in *Racc.* p. I-8507.

interrompa il meno possibile i legami del detenuto con la propria famiglia, nonché con il proprio ambiente sociale e professionale».

Al contempo, peraltro, il Collegio ha più di recente precisato che il grado di integrazione e la situazione soggettiva dell'individuo coinvolto sono meritevoli di considerazione, almeno sotto il profilo delle scelte effettuate dal legislatore nazionale in sede di recepimento. Nel caso *Lopes*, infatti, è stato sottolineato che l'art. 4 comma 6 della decisione quadro sul mandato d'arresto, pur consentendo agli Stati di prevedere una disciplina restrittiva in ordine alle cause di rifiuto, non sono legittimati ad escludere in maniera assoluta e automatica l'applicazione di tale istituto ai cittadini di altri Stati membri che ivi dimorino o risiedano, indipendentemente dal loro grado di integrazione sociale e dalla situazione individuale¹²⁵.

4. Considerazioni conclusive: la cooperazione penale fra centralità del legislatore e *judicially driven integration*.

Si è avuto modo di argomentare come, a fronte dell'elisione della struttura a pilastri dell'Unione europea, la Corte abbia beneficiato di una significativa estensione delle proprie prerogative, acquisendo piena competenza giurisdizionale anche nel settore penale, pur con residue limitazioni dettate dal periodo transitorio o dagli *opting out* di alcuni Stati membri. Questo dato concorre a delineare i contorni di un rilevante interrogativo circa il grado di incisività dell'opera del Giudice dell'Unione nel tracciare ed approfondire il solco del processo di integrazione europea nella cooperazione penale.

Volgendo lo sguardo al passato, infatti, non si può che rimarcare il contributo decisivo della Corte nell'affermazione di principi fondanti del mercato unico e del pilastro comunitario nel suo complesso, tanto che l'avanzamento per via giurisprudenziale del processo di integrazione può essere definito un canone ricorrente dell'esperienza dell'Unione europea. L'interrogativo che si prospetta in sede conclusiva si concentra dunque sulla possibilità di riservare al Giudice dell'Unione un analogo ruolo primario anche nel settore della cooperazione penale.

Il tema, nondimeno, non appare di agevole lettura. Da un lato, infatti alcune pronunce della Corte in materia – *in primis* la sentenza *Pupino* – paiono indicare *prima facie* l'opportunità di una soluzione positiva al quesito. Dall'altro lato, però, la cooperazione in materia penale, sino al Trattato di Lisbona, soprattutto a causa della natura degli atti del terzo pilastro e del circoscritto ruolo accordato al Giudice di Lussemburgo, non è parsa il terreno idoneo per un'esperienza improntata al decisivo protagonismo del formante giurisprudenziale. Il graduale approfondimento del processo di integrazione ha assunto infatti in via principale, a motivo della volontà espressa dagli Stati e pur con le denunciate difficoltà nell'assicurare l'effettiva

¹²⁵ Cfr. la sentenza 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes*, non anc. pubbl. in *Racc.*

applicazione del diritto UE a livello nazionale, i connotati di un'evoluzione positivo — normativa, condotta, con esiti alterni, *in primis* dal legislatore.

La tendenza segnalata ha un parziale punto di rottura nell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Il novellato regime primario, da un lato, conserva una posizione di centralità a favore del legislatore¹²⁶. Il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno in effetti visto accresciute le proprie prerogative in materia, grazie alla formulazione degli artt. 82 ed 83 TFUE ed alla consacrazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giurisdizionali. Il suo inserimento nel Trattato, infatti, ha sollecitato l'adozione di un numero crescente di atti di diritto derivato, che, per dato espresso dell'art.82 TFUE, costituiscono il prioritario veicolo per l'affermazione della fiducia fra gli Stati membri, anche grazie ad un graduale ravvicinamento dei rispettivi ordinamenti¹²⁷. Lo stretto legame indicato dai redattori del Trattato tra il reciproco riconoscimento e la sua progressiva attuazione per via normativa è ritenuto da più parti indicativo della volontà di affidare in primo luogo al legislatore il timone del processo di integrazione in questo settore, ponendo dunque su un piano accessibile agli Stati e da questi negoziabile la portata del principio e delle misure destinate ad incrementare la fiducia reciproca tra autorità nazionali¹²⁸. Proprio su questo aspetto si è consumata, dunque, una netta divaricazione tra gli sforzi della Corte nell'affermare il reciproco riconoscimento e la fiducia tra gli Stati membri e le concrete remore degli Stati stessi, discrasia ben esemplificata dalle vicende connesse all'adozione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo¹²⁹.

Dall'altro lato, tuttavia, la rinnovata cornice istituzionale non può che rappresentare un preludio ad un contributo che quanto meno tenda a quella «*strong judicially driven integration*» che ha consentito al Giudice europeo di dare impulso al

¹²⁶ Questa considerazione sorge dalla natura stessa degli obiettivi che la cooperazione giudiziaria e di polizia si prospetta. L'approfondimento della cooperazione sotto il profilo del diritto penale sostanziale e della definizione norme minime comuni agli Stati membri sulla definizione di talune fattispecie è materia rigorosamente presidiata dal principio di legalità e dalla conseguente necessità di trovare conforto in una previsione normativa, peraltro di stretta e rigorosa interpretazione.

¹²⁷ Il Trattato, in effetti, si limita a precisare che la cooperazione in materia penale trova fondamento sul principio del reciproco riconoscimento, rimandando tuttavia a più puntuale normativa secondaria per definirne le specificità. In dottrina viene da questo punto di vista sottolineata un'inversione di prospettiva: nella cooperazione in materia penale, a differenza che nell'ambito del mercato unico, non sarebbero i limiti al reciproco riconoscimento a dover trovare giustificazione e specificazione, bensì il principio stesso, stante l'impossibilità di configurare in via generale un obbligo di reciproco riconoscimento che scaturisca direttamente dalle norme del Trattato. Cfr. MOSTL, *Preconditions and limits of mutual recognition*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 405.

¹²⁸ Cfr. LENAERTS, *The contribution of the Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in *International Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 59; HINAREJOS, *Integration in criminal matters and the role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2011, p. 420.

¹²⁹ Su questa problematica v. KOMAREK, *European constitutionalism and the European Arrest Warrant: in search of the contrapunctual principles limits*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 9; MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1277.

processo di integrazione nell'ex primo pilastro, eventualmente anche in assenza di interventi specifici del legislatore¹³⁰.

Da questo punto di vista, anche alla luce delle riflessioni proposte nel lavoro, si evidenziano in primo luogo, ancora una volta, le nuove prospettive istituzionali e funzionali poste dal Trattato di Lisbona, che vedono la Corte acquisire piena competenza nella materia in esame. Il Giudice dell'Unione riveste anzitutto un ruolo decisivo nel meccanismo di verifica dell'adempimento agli obblighi contratti dagli Stati richiamare gli Stati agli obblighi contratti ed al loro rispetto, attraverso la procedura di infrazione, che, anche grazie all'accresciuta produzione normativa, potrà concorrere ad assicurare la piena applicazione ed effettività del diritto dell'Unione¹³¹.

Allo stesso tempo, specularmente, l'attuale attivismo del legislatore sovranazionale sollecita altresì un puntuale sindacato del comportamento delle istituzioni europee e, segnatamente, della validità degli atti da queste adottati, in sede di ricorso per annullamento o di rinvio pregiudiziale di validità, anche a tutela del riparto di competenze con gli Stati membri.

In secondo luogo, un aspetto di rilievo è rappresentato dall'applicazione nel settore penale dei criteri interpretativi avvalorati in via generale dalla Corte, al fine di garantire l'effetto utile delle disposizioni del Trattato e la massima portata operativa della normativa di rango secondario. A questo riguardo, in effetti, occorre ricordare come la Corte si sia già distinta in più occasioni per approdi ermeneutici di segno estensivo, destinati ad ampliare nella misura massima gli istituti ed i principi del diritto penale e processuale penale sovranazionale. Casi emblematici, in questo senso, sono rappresentati dalla menzionata giurisprudenza sui presupposti per l'operatività del divieto di doppio giudizio e sui motivi di rifiuto facoltativo di consegna del condannato destinatario di un mandato d'arresto europeo, che pure presentano nodi critici ancora da risolvere.

Lo stesso approccio può inoltre essere riscontrato nell'interpretazione delle norme di diritto derivato volte al ravvicinamento degli ordinamenti penali degli Stati membri, soprattutto nell'ipotesi in cui dette disposizioni presidiassero diritti processuali fondamentali. Basti pensare alla giurisprudenza sulla decisione quadro sulla tutela delle vittime nel processo penale, che manifesta con evidenza le ambizioni ed i limiti del ruolo della Corte nella cooperazione penale. Il Giudice dell'Unione ha suggerito infatti una visione estensiva della nozione di vittima e delle prerogative a questa connesse, ma, a conferma della perdurante centralità del formante legislativo, ha dovuto alzare bandiera bianca dinnanzi al dato positivo, evidenziando come lo

¹³⁰ Cfr. HINAREJOS, *Integration in criminal matters*, cit., p. 425.

¹³¹ Uno strumento tanto più rilevante se si considera che, negli anni, la Commissione ha a più riprese evidenziato i ritardi e le lacune degli Stati membri nel recepimento delle decisioni quadro adottate nell'ambito della cooperazione in materia penale, senza tuttavia beneficiare di rimedi idonei ad assicurare un'inversione di tendenza.

stadio del processo di integrazione raggiunto dagli Stati membri imponga limiti oggi non valicabili all'evoluzione del diritto sovranazionale in materia penale¹³².

In ogni caso, la vocazione razionalizzatrice dell'attività interpretativa della Corte, se non direttamente foriera di un approfondimento del processo di integrazione, non può che avere un'incidenza indiretta sull'effettivo conseguimento degli obiettivi che questo si pone. La precisazione del significato del dato normativo realizza infatti un importante contributo al consolidamento della fiducia reciproca fra gli Stati ed alla coerente ed uniforme applicazione del diritto dell'Unione.

Da ultimo, il grimaldello che l'esperienza sinora maturata e il rinnovato contesto del Trattato consentono di selezionare quale possibile strumento elettivo per un crescente ruolo della Corte, sembra potersi riassumere nella tutela dei diritti fondamentali e nella verifica sul rispetto dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea. I casi *Pupino*, *Advocaten voor de Wereld*, *Gözutok e Brügge* manifestano le potenzialità del richiamo ai diritti fondamentali nell'operato della Corte. Tuttavia, queste pronunce evidenziano al contempo il differente piano sul quale la Corte stessa è chiamata a fornire il proprio qualificato contributo nel settore penale.

In una materia che coinvolge diritti inalienabili dei singoli, il Giudice dell'Unione, almeno nell'attuale fase storica, istituzionale e giuridica, non appare rivestire in prima istanza una funzione evolutiva del processo di integrazione. Non ne costituisce, a differenza di quanto avvenuto in altri contesti, il motore nascosto, capace di alimentare la potenza della macchina sulla quale è installato. La Corte, piuttosto, è il meccanismo che ne verifica il corretto funzionamento e, all'occasione, ne sostituisce, ammoderna o rende più efficaci le componenti, con le proprie soluzioni interpretative.

L'urgenza di assicurare la tutela dei diritti fondamentali conferma pertanto che il Giudice dell'Unione riveste ad oggi un compito di controllo sul processo di integrazione, che può all'occasione riflettersi in un impulso indiretto o, quanto meno, in correzioni alla rotta intrapresa, ma che trova un limite decisivo nello stadio di avanzamento dettato dagli Stati membri e dal legislatore europeo¹³³. In questo senso, il ruolo della Corte risalta in tono minore rispetto al «*majoritarian activism*» attribuito in dottrina all'opera del giudice dell'Unione per evidenziare l'accelerazione impressa al processo di integrazione nell'ambito del mercato unico¹³⁴. Si può infatti trattare di un «*counter — majoritarian activism*», ossia di un contributo attivo e propositivo, foriero di innovazioni e conquiste, avente quale premessa fondamentale non l'accelerazione del processo di integrazione ma il controllo del suo armonico sviluppo.

¹³² V., fra le altre, la sentenza 15 settembre 2011, cause riunite C-483/09 e C-1/10, *Gueye e Sánchez*, non anc. in *Racc.*

¹³³ La prioritaria attenzione per il ruolo di controllo della Corte può altresì trovare giustificazione nell'imminente prospettiva dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU, con la conseguente necessità di assicurare fattivamente un grado di tutela dei diritti fondamentali nel settore in esame almeno pari a quello garantito dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo.

¹³⁴ V. POIARES MADURO, *We the Court*, Oxford, 1998, p. 4.